

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

Bruno Henrique Kons Franco

NORMA E OBEDIÊNCIA

CURITIBA
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

Bruno Henrique Kons Franco

NORMA E OBEDIÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel, Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Angela Machado Couto
Fonseca

CURITIBA
2018

AGRADECIMENTOS

Neste intangível dos ciclos que se findam, do perdido que confunde, que fica, que marca, agradecer é um apelo necessário, sem o qual não se convocam os novos horizontes que se anunciam. Trilhei o tortuoso caminho da graduação ao lado de pessoas incríveis, que me acompanharam no obstáculo e no sorriso e que merecem toda a sorte de cuidado que eu possa exprimir nestes breves agradecimentos.

Aos meus amigos e amigas, Carol, Giu, Mike, Cadu, Gustavo, Thais, Perce, Bia, Alice e Eric, sobretudo neste *derradeiro* ano de faculdade: chegamos finalmente na tão aguardada quinta-feira, que agora já parece distante e da qual eu não gostaria de sair, mas que, guardado o saudosismo típico destes momentos, continuará para além das colunas.

À minha mãe, Brígida, a meu pai, Marcos, à minha irmã, Carla, e à minha tia, Rose, pela vida, pelo carinho incondicional e por serem *família*, ainda que fora dos contornos tradicionais.

Ao Grupo PET-Direito UFPR, em que ingressei no segundo ano de faculdade e no qual permaneci até o fim, que me *formou*.

À Professora Eneida Desiree Salgado, Tutora do Grupo PET-Direito UFPR, cuja paixão pela docência, pela pesquisa e pela universidade me inspira a crer no projeto de educação superior pública, gratuita e de qualidade que me formou.

À Professora Angela Machado Couto Fonseca, por me acolher na orientação deste trabalho, pela atenção e pelos valorosos comentários à minha pesquisa.

Por fim, o começo: à Universidade Federal do Paraná, a todos e todas que a compõem, professores e professoras, servidores e servidoras, alunos e alunas, que dedicam sua vida ao conhecimento, à sociedade, ao *público*.

RESUMO

Neste trabalho, pretende-se investigar a relação entre a normatividade jurídica e um dever de obediência às condutas prescritas pelo direito. No primeiro capítulo, defendeu-se a hipótese de que Kelsen não foi apto a justificar a força normativa do direito, sobretudo porque, embora tenha escapado a críticas de caráter lógico-formal, o argumento da norma fundamental descarta a representabilidade e a pensabilidade que uma justificação lógico-transcendental da normatividade jurídica exigiria. No segundo capítulo, indicou-se que o modelo de obrigações defendido por Herbert Hart sofreu tanto uma crítica técnica como uma crítica metodológica de Ronald Dworkin. A crítica técnica se destinou a demonstrar que a norma de reconhecimento não é apta a fundamentar a força normativa do direito, enquanto que a crítica metodológica se destinou a comprovar que o positivismo jurídico não recepciona a possibilidade de divergências teóricas na prática do direito, o que impossibilita uma representação fiel da normatividade jurídica. No terceiro capítulo, defendeu-se que a relação entre normatividade e obediência constitui o tema próprio da teoria do direito, pois se situa no núcleo de aporias que aparentam insuperáveis a uma tentativa de justificação da força normativa do direito. Assim, essa temática se desenvolve sobretudo com base nos diversos pontos de vistas sob os quais a referida normatividade pode ser fundamentada. Concluiu-se que a relação entre a força normativa do direito e o dever de obediência às normas jurídicas constitui um tema imprescindível à teoria do direito.

Palavras-chave: 1. Validade; 2. Normatividade; 3. Obediência; 4. Eficácia; 5. Força normativa do direito.

ABSTRACT

In this paper, it is intended to investigate the relationship between law's binding force and a duty of obedience to the conducts prescribed by law. In the first chapter, the hypothesis defended was that Kelsen was not able to justify law's binding force, especially since, although it escaped criticism of a logical-formal character, the basic norm's argument discards the representativeness and the pensability that a logical-transcendental justification of legal normativity would require. In the second chapter, it was indicated that the model of obligations defended by Herbert Hart underwent both a technical critic and a methodological critic of Ronald Dworkin. The technical critic was intended to demonstrate that the rule of recognition is not capable of justifying law's binding force, whereas the methodological critic was intended to prove that legal positivism does not accept the possibility of theoretical disagreements in the practice of law. In the third chapter, it was argued that the relation between normativity and obedience is the proper subject of jurisprudence, because it is situated in the nucleus of aporias that seem insuperable to an attempt of justification of law's binding force. Thus, this theme develops mainly on the basis of the different points of view under which the aforementioned normativity can be based. It was concluded that the relationship between the normative force of law and the duty of obedience to legal norms is an essential subject of the theory of law.

Key-words: 1. Validity; 2. Normativity; 3. Obedience; 4. Effectiveness; 5. Law's binding force.

SUMÁRIO

1 O DIREITO QUE RECUSA A SI MESMO	7
2 A NORMATIVIDADE JURÍDICA E O DEVER DE OBEDIÊNCIA	12
1.2 O argumento lógico-formal de Joseph Raz e a natureza da norma fundamental (<i>Grundnorm</i>)	13
1.2 A pensabilidade e a representabilidade da norma fundamental	20
2 OBRIGAÇÕES, ACEITAÇÃO E VALIDADE	27
2.1 A força normativa dos princípios e a crítica técnica de Ronald Dworkin à norma de reconhecimento	29
2.2 A crítica metodológica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico	46
3 NORMA E OBEDIÊNCIA	53
3.1 o direito enquanto tema da filosofia	53
3.2 Uma questão de ponto de vista	62
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	66

1 O DIREITO QUE RECUSA A SI MESMO

Os operadores do direito frequentemente se deparam com a necessidade de apresentar respostas a problemas práticos propostos por indivíduos que não possuem qualquer domínio sobre o conhecimento jurídico. Questões de direito penal, direito constitucional e direito administrativo não raro sentam à mesa aos domingos para partilhar do sabor azedo das desventuras da sociedade brasileira. Quando convocados a justificar as respostas que apresentam, os operadores não hesitam em fundamentar sua solução num argumento de autoridade: “[...] porque está na Constituição”.

Por exemplo, caso se questione por que eventuais crimes cometidos pelo Presidente da República não são investigados e julgados em foro comum, uma resposta plausível, do ponto de vista técnico-jurídico, seria indicar o art. 102, I, “b”, da Constituição da República, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para o processamento e julgamento de infrações penais comuns eventualmente cometidas pelo chefe do Poder Executivo.

No entanto, essa solução não atende às expectativas do indivíduo leigo. Primeiramente, a resposta não justifica a motivação para que o Presidente seja julgado de maneira diversa daquela prevista aos cidadãos em geral. Dessa forma, à primeira vista, para o indivíduo leigo, aparenta injusto que se conceda ao Presidente um tratamento inequânime, mesmo porque a própria Constituição garante a isonomia como direito fundamental, no caput do art. 5º. Ou seja, não apenas a Constituição teria fixado um critério injusto no caso do foro para julgamento das infrações penais cometidas por um representante político, mas também o texto constitucional seria contraditório em si próprio.

John Stuart Mill indica que o sentimento moral que se instala diante de uma situação de injustiça assume estreita relação com a força normativa que essas sensações podem adquirir enquanto critérios de conduta. Em outras palavras, trata-

se de atribuir um valor objetivo a uma impressão subjetiva.¹ Derrida propõe que o momento de instauração do direito danifica essa necessidade de justiça.²

Em Hobbes, a noção de justiça se atrela diretamente ao direito e à própria origem da comunidade política, de modo que não há como identificar o justo e o injusto sem que haja a fixação de um direito objetivo.³ Ressalta-se que, no estado de natureza hobbesiano, atribui-se ao indivíduo um direito subjetivo a qualquer coisa, a fim de que ele garanta a preservação de sua própria existência.⁴ Considerando que, no estado de natureza, todos os indivíduos se encontram numa tripla condição de igualdade (igualdade de força, igualdade de habilidades e igualdade de esperança em atingir seus objetivos),⁵ não há, assim, fundamento para lhes recusar o direito subjetivo a se utilizar de todos os meios possíveis para garantir sua sobrevivência.

Dessa maneira, a limitação desse direito subjetivo, que se consolida juntamente à origem da comunidade política, só pode derivar de um ato de vontade do próprio indivíduo, por meio do qual se possibilita a transferência desse direito subjetivo e cuja finalidade é a obtenção de um bem para o próprio indivíduo.⁶ Esse ato de vontade será o fundamento para a instituição da comunidade política e do direito objetivo. Essa interpretação é sustentada também por Michel Villey, ao afirmar

¹ "But though it is one thing to believe that we have natural feelings of justice, and another to acknowledge them as an ultimate criterion of conduct, these two opinions are very closely connected in point of fact. Mankind are always predisposed to believe that any subjective feeling, not otherwise accounted for, is a revelation of some objective reality." Em: MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. In: **On liberty and other essays**. p. 115-177 New York: Oxford University Press, 2015, p. 155.

² "Tous les situations révolutionnaires, tous les discours révolutionnaires, de gauche ou de droite (et à partir de 1921, en Allemagne, il y en eut beaucoup qui se ressemblaient de façon troublante, Benjamin se trouvant souvent entre les deux) justifient le recours à la violence en alléguant l'instauration en cours ou à venir d'un nouveau droit. Comme ce droit à venir légitimera en retour, retrospectivement, la violence qui peut heurter le sentiment de justice, son futur antérieur la justifie déjà." Em : DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the 'mystical foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 990.

³ "To this war of every man against every man this also is consequente; that nothing can be unjust. The notions of right and wrong, justice and injustice have there no place. *Where there is no common power, there is no law: where no law, no injustice*. [...] Justice, and injustice are none of the faculties neither of the body, nor mind. [...] They are qualitties, *that relate to men in society*, not in solitude". Em: HOBBS, Thomas. **Leviathan**. New York : Oxford University Press, 2008, p. 85.

⁴ "And because the condition of man, (as hath been declared in the precedent chapter) is a condition of war of every one against every one; in which case every one is governed by his own reason; and there is nothing he can make use of, that may not be a help unto him, preserving his life against his enemies; it followeth, hat in such a condition, *every man has a right to every thing*; even to one another's body." Em: Ibid., p. 86/87.

⁵ Ibid., p. 82/82.

⁶ "Whenever a man transferreth his right, or renounceth it; it is either in consideration of some right reciprocally transferred to himself; or for some other good he hopeth for thereby; For it is a voluntary act: and of the voluntary acts of every man, the object is some *good to himself*. Em: Ibid., p. 88.

que o direito natural do indivíduo embasa o pacto social que dá origem à comunidade política e, por conseguinte, é a fonte de toda ordem jurídica positiva⁷.

Assim, a solução apresentada pelo operador do direito em relação a determinados problemas da prática jurídica pode acarretar dissabores ao cidadão comum, uma vez que, em geral, ela não é apta a suprir esse sentimento de injustiça. O indivíduo leigo espera que esse sentimento moral, de caráter subjetivo, seja suprido por uma reação objetiva do direito, apta a garantir que condutas subjetivamente injustas sejam também reprimidas objetivamente.

No que concerne à afirmação de Mill, deve-se indicar que o direito não necessariamente possui uma estreita intimidade com as expectativas que se criam em relação à sua função e finalidade, o que, por vezes, garante que ele defenda valores imprescindíveis à comunidade política. Além disso, em atenção às teses de Hobbes, o direito não se destina a atender às expectativas dos indivíduos em relação a um sentimento moral de justiça; ele funda os critérios de justiça e injustiça, sem os quais o indivíduo resta entregue à sua própria força e habilidade para preservar sua existência.

Em evidência, não se pretende escapar da especificidade comumente atribuída ao direito, que, conforme indica Alain Renaut, é tida por intrinsecamente vinculada à moralidade⁸ e, segundo Hans Kelsen, é resultado de uma organização do poder⁹. Ao contrário: quando o direito se recusa a si mesmo, quando ele ultrapassa as expectativas que convocam sua presença, a normatividade jurídica se manifesta em seu sentido próprio.

⁷ “Sur le droit de l’individu est constitué tout l’édifice : et d’abord le contrat et le pacte, puisque selon Hobbes, le contrat est cession réciproque de droits, le pacte abandon de son droit, donc usage, exercice de droit. Le pacte derive du droit subjectif. Or, le pacte sera la source de tout l’ordre juridique positif [...]”. Em : VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Paris V^o, 1975, p. 663.

⁸ « Lorsqu’en revanche Kelsen, une fois constitué le champ des sciences sociales, cherche à y discerner la sphère relevant de la science du droit en la séparant de celle de l’éthique, et lorsqu’à cette fin il se livre à une critique radicale de la notion même de « droit naturel », tenue pour intrinsèquement liée à la confusion entre droit et morale, la tentative devient singulièrement ardue : la question est en effet de savoir si l’abandon de toute référence à un droit naturel (si l’on veut, ainsi entendu, le positivisme juridique) ne reconduit pas vers une négation réitérée, plus insidieuse, mais non moins profonde, de la spécificité du juridique. » Em : RENAUT, Alain. Kelsen et le problème de l’autonomie du droit. In: **Cahiers de philosophie politique et juridique de l’université de Caen**, n. 9, pp. 7-21, 1986, p. 10/11.

⁹ « And then, the solution attempted here is merely the scientifically exact formulation of the old truism that *right cannot exist without might and yet is not identical with might*. Right (the law), according to the theory here developed, is a certain order (or organization) of might.” Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 214.

Assim, neste trabalho, com a finalidade de investigar esse momento fundador do direito, esse evento de objetivação do direito, que atribui a obrigatoriedade própria às normas jurídicas, pretende-se analisar de que modo o problema da normatividade jurídica, ao longo da tradição da teoria do direito que se debruçou sobre a questão, vinculou-se diretamente à questão da obediência.

O primeiro capítulo pretende investigar as propostas de Hans Kelsen e a incapacidade do argumento da norma fundamental (*Grundnorm*) para garantir a força normativa do direito, embora se tenha defendido explicitamente que o conteúdo dessa norma fundamental é um dever de obediência.

O segundo capítulo se destina a analisar o debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, de modo a esclarecer em que medida a polêmica travada entre os dois autores toma como plano de fundo a relação entre a normatividade do direito e a obediência, e não, por exemplo, a relação entre direito e moral.

De fato, o debate entre Hart e Dworkin (sobretudo a partir da resposta de Hart em seu pós-escrito do *conceito de direito*) ocasionou uma ruptura no positivismo jurídico, entre aqueles que defendem uma separação necessária entre direito e moral (exclusivistas) e aqueles que defendem uma separação possível entre legalidade e moralidade, mas não necessária (inclusivistas).¹⁰

No entanto, com a finalidade de não estender o objeto deste trabalho, optou-se por não analisar o problema referente à relação entre direito e moral, sobretudo, aliás, porque se entendeu que a justificação da normatividade jurídica, antes de representar um embate entre a possibilidade ou impossibilidade de fundamentação moral do direito, reside na relação de seu efeito vinculante à obrigação de obediência às normas jurídicas.

Por fim, no terceiro capítulo deste trabalho, pretende-se indicar de que modo a relação entre o dever de obediência ao direito e a justificação da normatividade jurídica constitui o tema fundamental da teoria do direito. Primeiramente, expõe-se que a filosofia apenas toma apropriadamente o direito enquanto tema na medida em que situa a justificação da força do direito enquanto razão ou fundamento para que as

¹⁰ “According to proposition A, which we might call the strong separation thesis, legality and morality are *necessarily* separate from one another; moral argument can never be used to determine what the law is, but only what it ought to be. According to proposition B, which we might call the separability thesis, legality and morality are only *separable*, not necessarily separate.” Em: WALUCHOW, WILFRID (2001). Legal positivism, inclusive versus exclusive. Em: E. Craig (Ed.), **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. London: Routledge. Retrieved September 18, 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>>.

condutas prescritas pela norma sejam seguidas. Por fim, essa tematização do direito enquanto objeto de uma investigação filosófica implica na necessidade de se distinguir os diversos pontos de vista aptos a justificar a normatividade, sendo precisamente essa distinção o problema enfrentado pela teoria do direito.

Finalmente, deve-se ressaltar que, a cada paráfrase realizada para mencionar os autores trabalhados ao longo deste texto, optou-se por transcrever integralmente os trechos que embasam a leitura, a fim de se permitir o acesso imediato aos excertos originais.

2 A NORMATIVIDADE JURÍDICA E O DEVER DE OBEDIÊNCIA

O direito é um instrumento de controle social, ou seja, ele se destina a direcionar o agir humano em sociedade. Quando um órgão público instala radares para controle de velocidade em vias públicas, a intenção é impedir que os veículos que trafegam em determinada via ultrapassem determinado limite de velocidade. Esse exemplo banal realça imediatamente um elemento fundamental da normatividade jurídica. O direito atribui valor às condutas humanas, de modo a impelir que os indivíduos adotem determinados comportamentos, aptos a garantir que o convívio social seja possível.

Nesse sentido, quando se fala em normatividade jurídica, trata-se, primeiramente, de investigar a questão referente à aptidão do direito para cumprir um de seus propósitos fundamentais, a saber, o direcionamento da conduta humana. Se o direito é um instrumento de controle social, como e em que medida ele é apto a dirigir a conduta dos indivíduos em sociedade?

Hans Kelsen definiu o direito como ordem da conduta humana¹¹, uma vez que constitui uma organização de normas que prescrevem sanções de maneira socialmente imanente e organizada¹², ou seja, as normas jurídicas são produzidas pelos seres humanos e aplicadas por órgãos com atribuição específica. Para além da possível crítica a essa concepção imperativa de direito¹³, Kelsen se deparou com dois problemas, a saber: (i) a estrutura por meio da qual essas normas se organizam; (ii) o fundamento ou a justificação de um sistema de normas.¹⁴

Pretende-se argumentar em que medida Kelsen não foi capaz de sustentar a fundamentação da força normativa do direito, embora tenha expressamente definido o conteúdo da norma fundamental como um dever de obediência. Em outras palavras, Kelsen consolidou o direito enquanto objeto de um conhecimento jurídico possível, mas não estendeu essa possibilidade à fundamentação da validade objetiva quanto ao controle que o direito exerce sobre o comportamento humano em sociedade.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 33.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 36.

¹³ Cf. HART, H. L. A. Law, commands and orders. In: **The concept of law**. Chap. 2. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994.

¹⁴ GOLDING, M. P. Kelsen and the concept of 'legal system'. **More essays in legal philosophy : general assessments of legal philosophy**. p. 69-100. California: University of California Press, 1971, p. 77.

Intenta-se defender essa hipótese sob o auxílio de duas críticas dirigidas a Kelsen, a partir dos comentários de Joseph Raz¹⁵ e Alain Renaut¹⁶. Dessa maneira, julga-se imprescindível elucidar as definições kelsenianas de validade objetiva e validade subjetiva, a natureza da norma fundamental, a distinção entre o princípio estático e o princípio dinâmico, bem como a relação imediata da norma fundamental com a Constituição e a relação mediata da norma fundamental com a ordem de coerção. Tomados esses esclarecimentos, conclui-se irreparavelmente que não há, em Kelsen, a possibilidade de atribuir uma especificidade à normatividade jurídica, senão fixar um sentido jurídico possível à normatividade, conforme destaca Raz.¹⁷

1.2 O argumento lógico-formal de Joseph Raz e a natureza da norma fundamental (*Grundnorm*)

Joseph Raz lançou uma observação relevante quanto à existência de uma possível falha lógica na elaboração do argumento de Kelsen referente à norma fundamental. Segundo Raz, o critério de identidade¹⁸ de Kelsen se baseia em dois conceitos, a saber, a definição de cadeia de validade e de norma fundamental. O conceito de cadeia de validade se baseia em dois critérios, quais sejam: (i) cada cadeia de validade autoriza a criação de uma outra cadeia de validade, à exceção de uma, que não autoriza a criação de nenhuma outra; (ii) cada cadeia de validade é criada por meio da autorização de outra cadeia de validade, à exceção de uma norma, cuja criação não é autorizada por nenhuma outra norma¹⁹.

¹⁵ RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974.

¹⁶ RENAUT, Alain. Kelsen et le problème de l'autonomie du droit. In: **Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen**, n. 9, pp. 7-21, 1986.

¹⁷ "There is, after all, no legal sense of normativity, but there is a specifically legal way in which normativity can be considered". Em: RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 111.

¹⁸ "The problem of identity (and the related problem of membership): what are the criteria which determine the system to which a given law belongs? These are the criteria of membership, and from them can be derived the criteria of identity, answering the question: which laws form a given system?". Em: RAZ, Joseph. **The concept of a legal system**. 2. ed. New York : Oxford University Press, 1997, p. 1.

¹⁹ RAZ, Joseph. **The concept of a legal system**. 2. ed. New York : Oxford University Press, 1997, p. 97.

Simplificadamente, conforme indica Kelsen, uma norma é válida apenas caso empreste sua validade de uma outra norma válida²⁰. Nesse sentido, a norma atua como esquema de interpretação dos atos jurídicos²¹. O termo cadeia de validade, assim, destina-se a identificar que as normas de um determinado sistema jurídico se associam mutuamente para garantir a validade de sua organização. O nó que enclausura essa cadeia no argumento de Kelsen é a norma fundamental, conforme a formulação apresentada no primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito²².

Segundo Joseph Raz, para Kelsen, todas as normas de um sistema jurídico devem pertencer a uma mesma cadeia de validade²³. Essa unicidade é garantida por meio da norma fundamental, que é a origem comum da validade de todas as demais cadeias de validade que integram a organização das normas. Assim, Raz indica que, abaixo da unidade garantida pela norma fundamental, pode haver mais de um conjunto de normas válido de maneira independente num sistema jurídico, tal qual uma Constituição positiva e o direito consuetudinário.

Caso um observador externo se aventure a identificar qual o critério fundante desse sistema jurídico, ele se deparará com o problema de definir se a Constituição positiva e o direito consuetudinário são autorizados por uma mesma norma fundamental ou se cada um deles é autorizado por uma norma fundamental própria (constituindo, assim, dois sistemas jurídicos distintos). Segundo Raz, esse observador externo só pode solucionar essa questão caso já saiba antecipadamente que a Constituição positiva e o direito consuetudinário pertencem a um mesmo sistema jurídico, ou seja, que ambos são autorizados pela mesma norma fundamental²⁴. Isso acarreta uma falha lógica na argumentação de Kelsen, de caráter tautológico, uma vez que o critério de identidade é a própria identidade do sistema jurídico.

²⁰ "Then the 'ought', as the objective meaning of an act, is a valid norm binding upon the addressee, that is, the individual at whom it is directed. The ought which is the subjective meaning of an act of will is also the objective meaning of this act, if this act has been invested with this meaning, if it has been authorized by a norm, which therefore has the character of a 'higher' norm". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 8.

²¹ KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 4.

²² KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 8.

²³ RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 99.

²⁴ O argumento de Raz é resumido na seguinte passagem: "Everything depends on the ability to identify the basic norm, but it cannot be identified before the identity of the legal system is known". Em: ²⁴ RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 99.

Joseph Raz apresenta um forte contrargumento a uma das principais funções da norma fundamental, que é garantir a unidade e validade dos sistemas jurídicos. Essa leitura deriva, sobretudo, da diferença, em Kelsen, entre normatividade e positividade. Kelsen indica essa distinção de maneira explícita em uma nota do quinto capítulo da Teoria Pura do Direito²⁵.

Nesse sentido, a possibilidade de pressupor a norma fundamental (que é fundamento da normatividade jurídica) exige a positividade anterior de uma Constituição ou de um estatuto de direito consuetudinário.²⁶ Em outras palavras, exige-se uma ordem jurídica posta para que se possa pressupor o fundamento de validade dessa organização de normas.

Contudo, o argumento de Raz se enfraquece ao negligenciar a natureza específica da norma fundamental, que não possibilita a configuração dessa falha lógico-formal.

Primeiramente, deve-se observar que, na Teoria Pura do Direito, a exposição do argumento da norma fundamental assume duas formas: no capítulo *direito e natureza*, quando se esboça o caráter normativo dos atos jurídicos²⁷, e no capítulo *dinâmica jurídica*, quando se analisa a questão referente ao fundamento de validade de uma ordem normativa²⁸.

Nesse sentido, segundo os modos de exposição do argumento, ora a norma fundamental justifica a própria natureza normativa do direito, ora ela embasa a validade de toda a ordem jurídica, enquanto conjunto de normas. Essa duplicidade no método de exposição de Kelsen também é reconhecida por Joseph Raz²⁹.

No primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, a norma fundamental assume o papel de embasar a validade objetiva das normas jurídicas. Para Kelsen, haveria

²⁵ “Da norma fundamental somente se deriva a validade objetiva de uma ordem coerciva positiva, isto é, efetivamente posta e globalmente eficaz. A positividade consiste no efetivo estabelecimento e eficácia das normas”. Em: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 420.

²⁶ “The basic norm refers only to a constitution which is actually established by legislative act or custom, and is effective. A constitution is ‘effective’ if the norms created in conformity with it are by and large applied and obeyed”. Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 210.

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 9.

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 217.

²⁹ “This is one line of argument which Kelsen implicitly uses to prove the necessary existence of a basic norm in every legal system. Kelsen has a different and independent argument which he employs to reach the same conclusion. It aims to show that only the basic norm can explain the normativity of law.” Em: RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 96.

uma distinção crucial entre sentido subjetivo e sentido objetivo de dever-ser. Há atos que os indivíduos praticam mutuamente entre si com a intenção de estimular um comportamento, que são denominados pelo autor de atos de vontade. Na Teoria Geral do Direito do Estado, em referência a John Austin, Kelsen se utiliza do termo *comando* para designar o meio pelo qual um indivíduo expressa sua vontade em face de outro indivíduo³⁰.

Todavia, para que se atribua um sentido jurídico ao ato de vontade, exige-se que essa qualidade lhe seja concedida por um comando que desde logo é dotado de caráter jurídico e obrigatório. Aliás, segundo Kelsen, a norma se caracteriza por um comando com força obrigatória (*binding force*)³¹. A própria questão da validade do direito, nesse sentido, relaciona-se à contradição entre a obrigatoriedade dos comandos jurídicos e a possível ausência de eficácia das normas, ou seja, entre a força normativa do direito e a possibilidade de desobediência³².

Assim, o comando emitido por um indivíduo pode assumir tanto um sentido subjetivo de dever-ser quanto um sentido objetivo de dever-ser. Quanto ao sentido subjetivo de dever-ser, a obrigatoriedade do comando se restringe à esfera do próprio emissor do ato, o que não vincula o destinatário. Em contrapartida, quanto ao sentido objetivo de dever-ser, a obrigatoriedade do comando decorre da própria validade objetiva do direito e da norma jurídica superior que reconhece aquele ato de vontade como um comando obrigatório e, portanto, como norma jurídica.

Nesse sentido, Alain Renaut sustenta que a significação jurídica objetiva do ato de vontade é irreduzível a seu sentido subjetivo, de modo que o sentido jurídico objetivo de um ato constitui a possibilidade de que ele assuma essa condição por uma interpretação que lhe é atribuída no interior de um sistema de normas.³³

³⁰ KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Translated by Ander Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 1949, p. 31.

³¹ "To say that a norm is valid, is to say that we assume its existence or – what amounts to the same thing – we assume that it has "binding force" for those whose behavior it regulates". Em: KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Translated by Ander Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 1949, p. 30.

³² "What is now the significance of the statement that the rule is valid even if, in a concrete case, it lacks efficacy, is not obeyed, or is not applied?" Em: KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Translated by Ander Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 1949, p. 30.

³³ "[...] mais encore il possède un sens qui lui revient objectivement à l'intérieur du système de droit existant (ainsi est-il, au minimum, un acte légal et non pas um delit), signification objective irréductible au sens assigné subjectivement par les acteurs à leurs actions". Em: RENAUT, Alain. Kelsen et le problème de l'autonomie du droit. In: **Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen**, n. 9, pp. 7-21, 1986, p. 12.

Dessa maneira, o comando individual só se reveste da força obrigatória do direito caso a ele se atribua um sentido objetivo de dever-ser. Assim, Kelsen defende que as normas assumem a função de esquema de interpretação de atos³⁴. Por conseguinte, um ato de vontade só assume significação jurídica quando seu objeto equivale ao conteúdo de uma norma jurídica válida, que se fixa como parâmetro de interpretação.

Ademais, Kelsen destaca que a equivalência entre o conteúdo da norma válida e o objeto do ato de vontade não implica reconhecer que o ato de vontade e a norma são dotados de natureza equivalente. Ao contrário, a norma se circunscreve à esfera do dever-ser, enquanto que o ato de vontade se reduz à esfera do ser.³⁵

Essa menção à distinção entre ser e dever-ser se reputa relevante porque o problema central de Kelsen se concentra no esforço para justificar de que maneira a normatividade jurídica se desata da realidade fática que seria seu suposto pavimento.

Nesse sentido, Scott Shapiro indica que o positivismo jurídico não seria apto a cumprir o desafio de David Hume, que estabeleceria que inexiste qualquer possibilidade de derivar uma proposição de dever-ser de uma proposição de ser, ou seja, que não seria possível extrair a normatividade jurídica da mera descrição de fatos sociais³⁶.

Assim, de acordo com Kelsen, a produção de normas jurídicas depende da fixação de um parâmetro objetivo à interpretação dos atos que positivam o direito. No limite, segundo a exposição do argumento no primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, esse critério objetivo é a norma fundamental.³⁷

³⁴ "The specifically legal meaning of this act is derived from a 'norm' whose content refers to the act; this norm confers legal meaning to the act, so that it may be interpreted according to this norm. The norm functions as a scheme of interpretation". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 4.

³⁵ "Norm' is the meaning of an act by which a certain behavior is commanded, permitted, or authorized. The norm, as the specific meaning of an act directed toward the behavior of someone else, is to be carefully differentiated from the act of will whose meaning the norm: the norm is an *ought*, but the act of will is an *is*." Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 5.

³⁶ "Thus, the positivist allows the reasoner to derive normative judgments about legal rights and duties from descriptive judgments about social facts. Normative judgments come out, but not have gone in. Call this objection to legal positivism 'Hume's Challenge'. Em: SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 48.

³⁷ "And this latter norm is objectively valid only if it is presupposed that one ought to behave as the religious founder has commanded. Such a presupposition, establishing the objective validity of the norms of a moral or legal order, will here be called a *basic norm (Grundnorm)*. Therefore, the objective validity of a norm which is the subjective meaning of an act of will that men ought to behave in a certain way, does not follow from the factual act, that is to say, from an *is*, but again from a norm authorizing

Na Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen afirma que a validade de uma norma constitui sua existência específica³⁸. Conforme destacado acima, no primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, Kelsen se dedica a demonstrar de que forma um ato de vontade, cuja expressão representa uma proposição de ser, admite um significado jurídico-normativo, que constitui uma proposição de dever-ser.

Todavia, nesse momento, ainda que calcado numa distinção entre validade subjetiva e validade objetiva, o autor não apresenta uma definição precisa para validade, tampouco demonstra qual seria seu fundamento.

Assim, no quinto capítulo da Teoria Pura do Direito, Kelsen retoma o argumento da norma fundamental com o intuito de demonstrar o fundamento de validade de uma ordem normativa.

Conforme supramencionado, a validade de uma norma não pode se basear numa proposição descritiva, mas noutra proposição normativa, que seria uma norma superior. Desse modo, de acordo com Kelsen, não se permite que a validade de uma ordem normativa se fundamente em sua positividade, ou seja, na autoridade que a positivou.³⁹ Assim, derivando-se a normatividade por inferência lógica, a positividade do direito aparece como premissa menor do argumento, que constitui, tão somente, condição necessária (*condição sine qua non*) da normatividade, mas não constitui condição suficiente (*condição per quam*), o que exigiria a norma superior⁴⁰.

Portanto, uma vez que a validade do sistema normativo se fundamenta numa proposição normativa, e não numa proposição fática, não se permite que a norma

this act, that is to say, from an *ought*.” Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 8-9.

³⁸ “By ‘validity’ we mean the specific existence of norms.”. Em: KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Translated by Ander Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 1949, p. 30.

³⁹ “The mere fact that somebody commands something is no reason to regard the command as a ‘valid’ norm, a norm binding the individual at whom it is directed. Only a competent authority can create valid norms; and such competence can only be based on a norm that authorizes the issuing of norms. The authority authorized to issue norms is subject to that norm in the same manner as the individuals are subject to the norms issued by the authority”. Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 194.

⁴⁰ “‘One ought to obey God’s Ten Commandments’, the assertion that God had issued the Ten Commandments, an ‘is-statement’, as the minor premise, is an essential link. The Major premise and the minor premise are both conditions of the conclusion. But only the major premise, which is also an *ought*-statement; that is, the norm whose validity is stated in the major premise is the reason for the validity of the norm whose validity is stated in the conclusion. The *is*-statement functioning as minor premise is only the *conditio sine qua non* in relation to the conclusion; this means: the fact whose existence is asserted in the minor premise is not the reason for the validity of the norm whose validity is asserted in the conclusion”. Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 194.

fundamental seja posta por uma autoridade, pelo que se conclui que ela é pressuposta.

Para elucidar o papel da norma fundamental enquanto critério fundante da validade de um sistema normativo, Kelsen enuncia que um sistema de normas pode se calcar num princípio estático ou num princípio dinâmico.

Num sistema estático, a normatividade das normas se embasa no conteúdo de uma norma fundamental. O conteúdo das normas que se calcam num princípio estático pode ser extraído por intermédio de uma operação lógica. Assim, um sistema estático se caracteriza tanto por uma determinação quanto à forma (fundamento de validade) como por uma determinação quanto à matéria (conteúdo de validade) das normas que o integram.

Segundo Kelsen, identifica-se que a norma fundamental de um sistema estático só pode garantir a unidade da ordem normativa caso seu conteúdo seja imediatamente evidente, ou seja, caso seu conteúdo possa ser derivado de uma intuição racional. Contudo, não há como pressupor uma norma dessa espécie, uma vez que normas só podem ser postas por atos de vontade, e não por atividade cognitiva.

Em contrapartida, um sistema dinâmico de normas não possui determinação quanto ao conteúdo, mas apenas quanto à forma, desde que se pressuponha uma norma que obrigue os indivíduos a agirem conforme as normas postas por uma autoridade competente.

O único conteúdo da norma fundamental de um sistema dinâmico de normas é a atribuição de competência a uma autoridade⁴¹

A ordem jurídica constitui um sistema dinâmico de normas, eis que a validade das normas jurídicas não depende de qualquer determinação quanto ao seu conteúdo, mas, tão somente, quanto à forma. A validade das normas jurídicas depende de um ato especial de criação.

Assim, em analogia a Kant, a natureza da norma fundamental é de condição lógico-transcendental da interpretação do sentido subjetivo dos atos postos como seu sentido jurídico objetivo. Dessa maneira, os atos postos, dotados de um sentido

⁴¹ “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental”. Em: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 219.

jurídico subjetivo, podem ser interpretados objetivamente a partir de uma resposta epistemológica, que é a pressuposição da norma fundamental. Precisamente, a função da norma fundamental é fundamentar a validade objetiva de uma ordem positiva. O termo positivo, para Kelsen, significa posto, ou seja, estabelecido por um ato de vontade.

Assim, a fundamentação de uma norma positiva depende de um silogismo (já apresentado acima). A norma fundamental, no entanto, não possui sua validade fundamentada num silogismo e ela é logicamente indispensável no silogismo para a fundamentação das demais normas positivas. Ela é, portanto, pressuposta. Nesse sentido, ela não pode ser querida (ou seja, posta por um ato de vontade), mas pensada.

Retomando-se o argumento sugerido por Joseph Raz, verifica-se que não há qualquer possibilidade conceitual de identificar uma falha lógico-formal na argumentação de Kelsen.

De fato, para que um observador externo seja apto a confirmar que uma Constituição escrita e um conjunto de regras consuetudinárias pertencem a um mesmo sistema jurídico, ou seja, que ambos os conjuntos de regras se submetem a um mesmo fundamento de validade, ele deve pressupor, desde logo, que eles se submetem a um fundamento comum de validade.

Ora, precisamente, conforme demonstrado, a norma fundamental não apenas é pressuposta como essa pressuposição é logicamente indispensável à validação objetiva do sistema de normas. Contudo, a pressuposição que é inerente à norma fundamental não é dotada de natureza lógico-formal, mas lógico-transcendental, de modo que, em oposição à argumentação elaborada por Joseph Raz, restaria afastada a possibilidade de se identificar qualquer falha tautológica no argumento de Kelsen.

1.2 A pensabilidade e a representabilidade da norma fundamental

Kelsen, contudo, não supera incólume as críticas de caráter lógico-formal aos atributos da norma fundamental. Nesse sentido, Alain Renaut suscita um relevante apontamento quanto à inaptidão da normatividade jurídica, sob a manto da norma fundamental, para demonstrar sua legitimidade.

Renaut indica que a originalidade do desafio proposto por Kelsen consistiria em romper com o direito natural ao fixar uma distinção entre proposições fáticas e

proposições normativas⁴². Essa tentativa de Kelsen representaria tanto uma exigência de especificidade do direito quanto uma pretensão à fixação de uma lógica própria às ciências sociais e, por conseguinte, à ciência jurídica.⁴³

No entanto, Renaut elenca duas fragilidades da argumentação de Kelsen. Primeiramente, Renaut sustenta que a ciência do direito, ao atribuir um sentido possível à normatividade jurídica, constituiria, tão somente, uma noção de caráter formal, apta a exprimir a lógica interna de qualquer sistema jurídico, independente de seu conteúdo, o que poderia acarretar a impossibilidade de uma crítica jurídica ao totalitarismo.⁴⁴

Segundo defende Scott Shapiro, esse aspecto, em verdade, favoreceria a argumentação do juspositivismo, uma vez que, considerando o caráter formal do sistema jurídico, restaria afastado o *problema do mau*, que consiste na possibilidade de que exista um sistema jurídico contrário ao critério fixado por um direito natural, de caráter moral⁴⁵.

Renaut, entretanto, lança outra crítica a Kelsen, que aparenta constituir a principal fragilidade do argumento da norma fundamental no que concerne à demonstração da força normativa do direito. Segundo Renaut, para evitar recorrer ao direito natural, a saída de Kelsen foi estabelecer um fundamento de validade de natureza transcendental.

Nesse sentido, enquanto fundamento de validade da ordem jurídica, a norma fundamental se coloca como condição limite da eficácia de um sistema jurídico-normativo.

⁴² “Or l’entreprise kelsenienne a précisément l’intérêt de s’essayer à éviter à la fois le moralisme et l’historicisme juridiques: comme telle, elle présente, au moins à titre de promesse, l’originalité de viser une rupture avec la tradition du droit naturel qui ne se traduise pas par une confusion du droit et du fait”. Em: RENAUT, Alain. Kelsen et le problème de l’autonomie du droit. In: **Cahiers de philosophie politique et juridique de l’université de Caen**, n. 9, pp. 7-21, 1986, p. 9.

⁴³ **Cahiers de philosophie politique et juridique de l’université de Caen**, n. 9, pp. 7-21, 1986, p. 10.

⁴⁴ “[...] il ne saurait être question, pour une telle science du droit, de mener à bien une réelle condamnation de systèmes juridico-politiques despotiques, voire totalitaires: puisque la catégorie du *Sollen* n’est ici aucunement une ‘idée transcendante du droit’, fonctionnant comme un absolu, mais constitue seulement une notion formelle servant à exprimer la logique interne d’un système juridique, elle peut servir tout autant à exprimer la logique interne de l’ordre juridique de l’Union soviétique ou de l’Italie fasciste que celui d’une démocratie”. Em: **Cahiers de philosophie politique et juridique de l’université de Caen**, n. 9, pp. 7-21, 1986, p. 16.

⁴⁵ “Call this the “Problem of Evil”. Just as theologians have struggled to explain how evil is possible given the necessary goodness of Go, the natural lawyer must account for the possibility of evil legal systems given that the law is necessarily grounded in moral facts. Positivists, on the other hand, have no such difficulties”. Em: SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 48.

Todavia, em que medida os cidadãos submetidos à ordem jurídica reconheceriam a autoridade da normatividade, ou seja, sob que condições seria possível reconhecer o sentido subjetivo de dever-ser como sentido objetivo de dever-ser?

Renaut coloca, então, que a pressuposição de caráter transcendental, embora diversa da análise real, deve ser dotada de uma *pensabilidade* e de uma *representabilidade*⁴⁶. A grande dificuldade de Kelsen, nesse quesito, foi demonstrar a observância desses dois elementos, o que se deve, sobretudo, à intricada relação entre validade e eficácia na obra do autor.

Segundo Kelsen, o direito constitui uma ordem que prevê a cominação de sanções como resposta à prática de determinadas condutas, cujo sentido normativo decorre do sentido objetivo dos atos de vontade que positivam a lei, conforme demonstrado na primeira subseção do primeiro capítulo. Todavia, os atos de vontade, dotados de um sentido subjetivo de dever-ser, não se restringem aos comandos de caráter jurídico.

De acordo com Kelsen, assim, uma gangue de assaltantes, quando se dirige a um terceiro para, por exemplo, praticar um roubo, também emite um ato de vontade, dotado de um sentido subjetivo de dever-ser. Nesse quesito, não haveria qualquer diferença entre o comando que caracteriza a norma jurídica e o comando emitido pela gangue⁴⁷.

Precisamente, conforme já destacado, a existência específica das normas jurídicas depende da atribuição de um sentido objetivo aos atos de vontade. Dessa maneira, o comando de uma instituição jurídica, em oposição ao comando de uma gangue, é interpretado como uma norma objetivamente válida, dotada de caráter jurídico.

No entanto, embora reste evidente que a força normativa do direito depende da atribuição desse sentido objetivo de dever-ser aos atos de vontade, permanece

⁴⁶ “Reste toutefois qu'on voit mal ce qui fonde cet ultime droit, même hypothétiquement posé: si l'hypothèse doit avoir un sens, il faut pouvoir préciser à quelles conditions la légitimité du pouvoir constituant se trouve susceptible d'être reconnue, plus précisément, à quelles conditions, citoyen, vais-je admettre que la signification subjective de leur acte coïncide avec sa signification objective? Assurément il ne faut pas confondre une analyse transcendantale avec une genèse réelle, mais il n'en demeure pas moins que le terme d'une analyse transcendantale doit posséder une *pensabilité* et une *représentabilité* en l'absence desquelles la démarche apparaît profondément inachevée.” Em: **Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen**, n. 9, pp. 7-21, 1986, p. 18.

⁴⁷ “In this respect (namely, so far as only the subjective meaning of the acts are considered), there is no difference between describing the command of a robber and the command of a legal organ” Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 44-45.

controverso o fundamento que permite que se diferencie o comando jurídico do comando de uma gangue de assaltantes, ou seja, mantém-se infundada a razão pela qual não seria possível atribuir um sentido objetivo de dever-ser ao comando de uma gangue de assaltantes.⁴⁸

Assim, de acordo com Kelsen, a possibilidade de se atribuir esse sentido objetivo de dever-ser aos comandos jurídicos depende da norma fundamental (*Grundnorm*), cuja pressuposição inclui dois elementos: a) o ato que estabelece uma Constituição deve ser interpretado como ato apto a produzir normas válidas; b) os indivíduos que estabelecem uma Constituição constituem autoridades⁴⁹.

Assim, a norma fundamental é pressuposta quando um ato posto (Constituição material ou formal) é interpretado objetivamente como produtor de normas. A norma fundamental é o fato fundamental de criação jurídica, uma Constituição em sentido lógico-jurídico, diferente da Constituição em sentido jurídico-positivo.

Nesse sentido, perguntar-se pela validade de uma norma jurídica exige sua recondução à norma fundamental. Kelsen apresenta o exemplo da pena de morte: porque a pena de morte pode ser considerada um ato jurídico válido e não um homicídio? A recondução à norma fundamental atinge sua penúltima etapa quando se chega à primeira Constituição histórica, cuja validade não depende de uma Constituição anterior, que permitiu a convocação de assembleia constituinte, mas de uma Constituição que surgiu revolucionariamente. A aceitação dessa Constituição revolucionária como norma produtora de normas válidas só pode ser pressuposta, e não posta. Ela é pressuposta quando o sentido jurídico subjetivo das normas que a ela são reconduzidas é interpretado também como sendo seu sentido objetivo.

A norma fundamental se refere imediatamente a uma Constituição posta e globalmente eficaz; mediamente, a uma ordem coercitiva produzida segundo os termos dessa Constituição. Ou seja, a norma fundamental não pode ser descoberta

⁴⁸ "But why do we interpret the subjective meaning of the one act also as its objective meaning, but not so of the other act? Why do we suppose that of the two acts, which both have the subjective meaning of an 'ought', only one established a valid, that is, binding, norm? In other words: What is the reason for the validity of the norm that we consider do be the objective meaning of this act? This is the decisive question". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 45.

⁴⁹ "For the historically first constitution such an interpretation is possible only, if we *presuppose* that one ought to perform coercive acts only under the conditions and in the manner the constitution stipulates; if, in other words, we presuppose a norm according to which: (a) the act whose meaning is to be interpreted as 'constitution' is to be regarded as establishing objectively valid norms, and (b) the individuals who establish this act as the constitutional authorities". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 46.

de maneira livre e arbitrária. A função da norma fundamental é permitir que os atos postos (a primeira Constituição história e a ordem de coerção que ela funda) possam ter seu sentido jurídico subjetivo interpretado como o sentido objetivo.

Nesse sentido, a norma fundamental se dirige, de maneira imediata, ao ato lógico-jurídico de criação da ordem positiva, representado pela primeira Constituição histórica, e, de maneira mediata, ao conjunto de comandos cuja validade se subordina a esse ato de criação.

No entanto, de acordo com Kelsen, deve-se distinguir a validade e a eficácia de uma norma. Assim, embora a validade não dependa da eficácia, a norma fundamental só pode ser pressuposta caso a ordem positiva seja globalmente eficaz, ou seja, a norma fundamental somente será apta a conferir o sentido objetivo de dever-ser aos comandos da ordem positiva caso a conduta dos indivíduos a ela subordinados se adeque ao sentido subjetivo de dever-ser fixado pelos comandos.⁵⁰

Todavia, a eficácia não constitui o *fundamento* de validade de uma ordem jurídica, mas uma *condição*. Essa distinção não resta explícita na Teoria Pura do Direito, mas, tão somente, na Teoria Geral do Direito e do Estado.⁵¹ Nesse sentido, deve-se destacar que a relação entre validade e eficácia só toma relevância sob a ótica do princípio dinâmico, que, conforme já destacado, desonera a ordem jurídica de uma fundamentação quanto ao conteúdo de seus comandos, exigindo-se, apenas, uma norma que invista os constituintes originários enquanto autoridade produtora de normas válidas.

Dessa maneira, para Kelsen, conclui-se que a função da eficácia é garantir a relação *mediata* entre a norma fundamental e a ordem positiva, não interferindo, portanto, na relação *imediata* entre o ato que institui a positividade e a pressuposição

⁵⁰ "It was observed earlier that the validity of a norm (which means that one ought to behave as the norm stipulates) should not be confounded with the effectiveness of the norm (which means that one, in fact, does so behave); but that an essential relation may exist between the two concepts, namely, that a coercive order, presenting itself as the law, is regarded as valid only if it is by and large effective. That means: The basic norm which is the reason for the validity of a legal order refers only to a constitution which is the basis of an effective coercive order". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 46-47.

⁵¹ "A norm is considered to be valid only on the condition that it belongs to a system of norms, to an order which, on the whole, is efficacious. Thus, efficacy is a condition of validity; a condition, not the reason of validity. A norm is not valid *because* it is efficacious; it is valid *if* the order to which it belongs is, on the whole, efficacious. This relationship between validity and efficacy is cognizable, however, only from the point of view of a dynamic theory of law dealing with the problem of the reason of validity and the concept of the legal order. From the point of view of a static theory, only the validity of law is in question". Em: KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Translated by Ander Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 1949, p. 41-42.

fundamental. Assim, sob a ótica da lógica formal, a eficácia constituiria condição necessária da validade, mas não condição suficiente.

Nesse sentido, o argumento da gangue de assaltantes defende que a validade jurídica de um comando depende da eficácia da ordem positiva a qual ele pertence. Assim, embora dotado de um sentido subjetivo de dever-ser, não se permite que se atribua ao comando de um assaltante um sentido objetivo de dever-ser, uma vez que esse comando não pertence a uma ordem positiva globalmente eficaz, que é condição de pressuposição da norma fundamental.⁵²

Dessa maneira, a norma fundamental não é dotada de pensabilidade e representabilidade porque não há qualquer critério real apto a garantir sua pressuposição, para além da necessidade de uma eficácia global do ordenamento.

Aliás, a lógica transcendental de Kant, no sentido da empreitada da fixação das condições de possibilidade dos juízos sintéticos *a priori*, constitui um modelo que, para além de fixar os critérios capazes de garantir a verdade das premissas numa conclusão (o que seria objeto da lógica formal), destina-se a incluir, também, o conteúdo das proposições como elemento da lógica.⁵³

Conforme já indicado, Renaut demonstra que a razão da obediência contida na eficácia global do sistema jurídico não constitui objeto da teoria pura do direito, o que também foi reconhecido por Kelsen, de modo que a tese de Kelsen segundo a qual a força normativa do direito se justifica no dever de obediência contido na norma fundamental não se apresenta suficientemente demonstrada.

Por fim, deve-se notar que o sistema jurídico de Kelsen, fundado num princípio dinâmico, não se determina quanto ao seu conteúdo, de modo que as normas jurídicas podem prescrever quaisquer condutas como obrigatórias, desde que o direito positivo se demonstre eficaz, possibilitando a pressuposição da norma fundamental. No entanto, a norma fundamental não é destituída de conteúdo; ao contrário, seu conteúdo é um dever de obediência. Precisamente, a dificuldade de Kelsen em

⁵² "Why is the coercive order that constitutes the community of the robber gang and comprises the internal and external order not interpreted as a legal order? Why is the subjective meaning of this coercive order (that one ought to behave in conformity with it) not interpreted as its objective meaning? Because no basic norm is presupposed according to which one ought to behave in conformity with this order. But why is no such basic norm presupposed? Because this order does not have the lasting effectiveness without which no basic norm is presupposed. The robbers' coercive order does not have this effectiveness, if the norms of the legal order in whose territorial sphere of validity the gang operates are actually applied to the robbers' activity as being illegal behavior [...]". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 47-48.

⁵³

sustentar a força normativa do direito residiria na aparente incongruência entre um sistema não determinável quanto ao seu conteúdo, ainda que fundamentado numa norma dotada de conteúdo.

2 OBRIGAÇÕES, ACEITAÇÃO E VALIDADE

No primeiro capítulo, objetivou-se identificar algumas das insuficiências e fragilidades do argumento de Kelsen para caracterizar a normatividade jurídica. Ao fim, concluiu-se que, embora o argumento escape a uma série de críticas de caráter lógico-formal, que lhe são recorrentemente dirigidas, Kelsen não foi apto a demonstrar o caráter lógico-transcendental da norma fundamental, que exigiria uma justificação quanto aos critérios para que a obediência fosse condição de validade do sistema normativo.

Segundo Herbert Hart, a questão da obrigatoriedade assume uma posição central quando se propõe a tentativa de apresentar uma definição para o direito. A problemática fundamental dessa questão consistiria em distinguir o caráter obrigatório do direito da obrigatoriedade de outras espécies de ordens, a exemplo de comandos baseados em ameaças⁵⁴.

Todavia, Hart sustenta que essa noção imperativa do direito, ou seja, a necessidade de vincular a definição da obrigatoriedade do direito à definição de comando, não se apresenta vantajosa à caracterização da normatividade jurídica, uma vez que a noção de comando se encontra intrinsecamente vinculada à noção de autoridade, que é, por si só, problemática.⁵⁵

Nesse sentido, o apontamento de Hart, embora tome como padrão o argumento de John Austin, poderia também se dirigir diretamente à formulação de Kelsen, cuja definição de normatividade jurídica exige o ato de vontade. Assim, a tentativa de Hart se concentraria em delinear os contornos da obrigatoriedade do direito para além da noção de comando.

⁵⁴ "The most prominent general feature of law at all times and places is that its existence means that certain kinds of human conduct are no longer optional, but in *some* sense obligatory. Yet this apparently simple characteristic of law is not in fact a simple one; for within the sphere of non-optional obligatory conduct we can distinguish different forms. The first, simplest sense in which conduct is no longer optional, is when one man is forced to do what another tells him, not because he is physically compelled in the sense that his body is pushed or pulled about, but because the other threatens him with unpleasant consequences if he refuses. The gunman orders his victim to hand over his purse and threatens to shoot if he refuses; if the victim complies we refer to the way in which he was forced to do so by saying that he was *obliged* to do so." Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 6.

⁵⁵ "A command is, however, too close to law for our purpose; for the element of authority involved in law has always been one of the obstacles in the path of any easy explanation of what law is. We cannot therefore profitably use, in the elucidation of law, the notion of a command which also involves it." Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 20.

Desse modo, o esforço de Herbert Hart poderia representar uma superação das dificuldades que enfrentou Kelsen para demonstrar o caráter lógico-transcendental da norma fundamental. No entanto, como se pretende comprovar, Hart também sucumbiu a uma série de obstáculos metodológicos, o que foi criticado sobretudo por Ronald Dworkin.

Destaca-se que a crítica dirigida por Ronald Dworkin ao positivismo jurídico assume duas versões, quais sejam, uma *crítica técnica* e uma *crítica metodológica*. Scott Shapiro alerta que a primeira crítica não pode ser restrita à afirmação de que Hart entenderia o direito enquanto um mero modelo de regras.⁵⁶ No entanto, ainda que sob a ciência dessa ressalva, não se vislumbra qualquer prejuízo em realizar uma distinção entre esses dois momentos, com finalidade didática e expositiva.

Assim, a conclusão a que se pretende alcançar neste capítulo é que, ainda que a noção imperativa de direito reste permeada de dificuldades, as tentativas de superá-la não foram aptas a suprimir os obstáculos para a caracterização da normatividade jurídica.

Scott Shapiro sugere que o tema nuclear do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin consistiria na relação entre direito e moral, uma vez que Dworkin se dedica a demonstrar que o direito não é determinado apenas por fatos sociais, mas também pela moralidade.⁵⁷

Ao contrário, neste capítulo, pretende-se demonstrar que o núcleo do debate não consiste na relação entre direito e moral, mas na fundamentação da normatividade jurídica e sua relação com a obediência.

⁵⁶ “Capturing the essence of a philosophical debate, however, can be a tricky business for several different reasons. First, as in any debate, participants may not agree on what they are arguing about. One side may firmly believe that the issue is whether X is true, whereas the other supposes that it is whether Y is true. Notoriously, the Hart-Dworkin debate began on just such a note. In ‘The Model of Rules I,’ Dworkin claimed that the dispute between him and Hart concerned whether the law is a model of rules. This formulation of the debate, though, is misleading – and has misled several generations of law students – because, as it is now generally recognized, Hart never claimed that the law is simply a model of rules (in Dworkin’s sense of ‘rule’), nor is he committed to such a position.” Em: SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 77, mar, 2007, p. 3. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>.

⁵⁷ “Despite these complications, I think that there is an important unity to the Hart-Dworkin debate that can be described in a relatively straightforward manner. I will suggest in what follows that the debate is organized around one of the most profound issues in the philosophy of law, namely, the relation between legality and morality”. Em: SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 77, mar, 2007, p. 5. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>.

2.1 A força normativa dos princípios e a crítica técnica de Ronald Dworkin à norma de reconhecimento

A primeira subseção deste capítulo se destinará à análise da primeira crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico, que se optou por denominar de *crítica técnica*. Essa objeção de Ronald Dworkin se dedica, sobretudo, a confirmar se os princípios atravessam o teste de validade realizado conforme os critérios da norma de reconhecimento elaborada por Herbert Hart.⁵⁸

Todavia, o argumento de Dworkin não se restringe, tão somente, a identificar se a norma de reconhecimento acolhe a força normativa dos princípios, mas verificar se o argumento de Hart é suficiente à caracterização da normatividade jurídica.

Inicia-se a presente subseção por um comentário dirigido por Herbert Hart à teoria da soberania. Segundo Hart, caso se repute que, numa sociedade democrática, o eleitorado constitui tanto a entidade soberana como o destinatário das normas jurídicas, admitir-se-ia que os cidadãos obedecem a si próprios, o que, em evidência, caracteriza uma falha lógico-formal do argumento da soberania.⁵⁹

Ressalta-se que o argumento de Hart para afastar a utilidade da teoria da soberania à caracterização do direito moderno se assemelha ao argumento de Raz para desqualificar a função unificadora da norma fundamental em Hans Kelsen, conforme apresentado na subseção anterior.

Dessa maneira, assim como Raz defendeu que a averiguação do critério de identidade de um sistema jurídico exige que se conheça desde logo o próprio critério de identidade, Hart reconheceu que a autoridade do soberano se exerce sobre o próprio soberano, caso se o confunda com o eleitorado, o que desmantela a força

⁵⁸ "Would we also have to abandon or modify the first tenet, the proposition that law is distinguished by tests of the sort that can be set out in a master rule like Professor Hart's rule of recognition? If principles of the *Riggs* and *Henningsen* sort are to count as law, and we are nevertheless to preserve the notion of a master rule for law, then we must be able to deploy some test that all (and only) the principles that do count as law meet." Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 39/40.

⁵⁹ "If we attempt to treat the electorate in such cases as the sovereign and apply to it the simple definitions of the original theory, we shall find ourselves saying that here the 'bulk' of the society habitually obey themselves. Thus the original clear image of a society divided into two segments: the sovereign free from legal limitation who gives orders, and the subjects who habitually obey, has given place to the blurred image of a society in which the majority obey orders given by the majority or by all. Surely we have here neither 'orders' in the original sense (expression of intention that others shall behave in certain ways) or 'obedience'". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 75.

normativa dessa autoridade, que, para a teoria da soberania, decorreria de um hábito de obediência.

Todavia, embora compartilhem dessa similitude, deve-se destacar que as argumentações de Hart e Raz se prestam a finalidades distintas, ainda que atravessem a problemática comum referente à fundamentação da normatividade jurídica.

Assim, o objetivo de Joseph Raz se restringe a investigar as fragilidades da natureza da norma fundamental em Kelsen, de maneira a revelá-la em sua forma mais consistente.⁶⁰ Ao contrário, o objetivo de Herbert Hart não se circunscreve a avaliar a natureza específica do conceito de soberania; dedica-se a demonstrar a infertilidade da definição que caracteriza o direito como comandos baseados em ameaças.⁶¹

Hart inicia sua caracterização da teoria coercitivistica do direito indicando que o controle jurídico da sociedade possui caráter geral, tanto sob a ótica da forma geral de conduta prescrita pelas normas jurídicas como sob a ótica do caráter geral de seus destinatários.⁶²

Além disso, de acordo com Hart, as normas jurídicas, compreendidas enquanto comandos, são dotadas de permanência ou persistência, uma vez que os destinatários da ordem jurídica creem que a desobediência aos comandos acarretará a imposição de sanções.⁶³

Nesse sentido, considerando a crença de que da desobediência segue uma sanção, o direito, para a teoria coercitivistica, seria habitualmente obedecido por seus destinatários, ou seja, o direito seria qualificado pela obediência, e não pela

⁶⁰ RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. *American Journal of Jurisprudence*. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 94.

⁶¹ "We cannot therefore profitably use, in the elucidation of law, the notion of a command which also involves it [authority]." Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 20.

⁶² "Hence the standard form event of a criminal statute (which of all the varieties of law has the closest resemblance to an order backed by threats) is general in two ways; it indicates a general type of conduct and applies to a general class of persons who are expected to see that it applies to them and to comply with it". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 21.

⁶³ "We must therefore suppose that there is a general belief on the part of those to whom the general orders apply that disobedience is likely to be followed by the execution of the threat not only on the first promulgation of the order, but continuously until the order is withdrawn or cancelled". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 23.

desobediência, ainda que haja a possibilidade de que, eventualmente, as normas não sejam observadas.⁶⁴

Por fim, o direito restaria dotado de supremacia em seu território e independência em face dos demais sistemas jurídicos. Assim, no interior de um sistema jurídico, embora haja diversos agentes emissores de comandos, haveria um sujeito, o soberano, que não obedece habitualmente a ninguém, sequer às ordens dos soberanos de outros sistemas jurídicos, e que autoriza a emissão de comandos pelos demais agentes a ele subordinados.⁶⁵

Nesse sentido, destaca-se que o hábito geral de obediência caracteriza o soberano tanto num sentido positivo quanto num sentido negativo, seja porque ele é habitualmente obedecido, seja porque não obedece habitualmente a ninguém.⁶⁶

No entanto, de acordo com Hart, esse hábito geral de obediência não seria apto a caracterizar a normatividade jurídica sob três aspectos: (i) a continuidade da autoridade numa sucessão de legisladores; (ii) a persistência da normatividade numa sucessão de legisladores; (iii) o caráter ilimitado do poder jurídico do soberano.⁶⁷

Assim, no que concerne à definição de obediência, haveria evidente dificuldade na caracterização do vínculo entre o comando e a observância pelo

⁶⁴ "We must suppose that, whatever the motive, most of the orders are more often obeyed than disobeyed by most of those affected. We shall call this here, following Austin, 'a general habit of obedience [...]'. Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 23-24.

⁶⁵ "On this simple account of the matter, which we shall later have to examine critically, there must, wherever there is a legal system, be some persons or body of persons issuing general orders backed by threats which are generally obeyed, and it must be generally believed that these threats are likely to be implemented in the event of disobedience. This person or body must be internally supreme and externally independent. If, following Austin, we call such a supreme and independent person or body of persons the sovereign, the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinates in obedience to the sovereign". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 25.

⁶⁶ "[...] we provisionally assumed that in any society where there is law, there actually is a sovereign, characterized affirmatively and negatively by reference to the habit of obedience: a person or body of persons whose orders the great majority of the society habitually obey and who does not habitually obey any other person or persons". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 50.

⁶⁷ "Here we shall inquire whether such a habit is sufficient to account for two salient features of most legal systems: the *continuity* of the authority to make law possessed by a succession of different legislators, and the *persistence* of laws long after their maker and those who rendered him habitual obedience have perished. Our second point concerns the position occupied by the sovereign above the law: he creates law for others and so imposes legal duties or 'limitations' upon them whereas he is said himself to be legally unlimited and illimitable. Here we shall inquire whether this legally illimitable status of the supreme lawgiver is necessary for the existence of law, and whether either the presence or the absence of legal limits on legislative power can be understood in the simple terms of habit and obedience into which this theory analyses these notions". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 51.

destinatário da conduta prescrita pela ordem.⁶⁸ Ademais, ainda que os indivíduos obedeçam ao soberano, ou seja, observem a conduta prescrita pelos comandos, a obediência, nesse caso, não poderia ser, desde logo, qualificada enquanto um hábito, que é dotado de um caráter irrefletido, automático, e que não exige qualquer esforço.⁶⁹

Todavia, suponha-se que, num sistema jurídico, haja, de fato, um hábito geral de obediência, enquanto constatação de que os indivíduos seguem as condutas prescritas pelo soberano de modo automático, irrefletido. Assim, segundo Hart, sob a hipótese da sucessão de um soberano, não haveria qualquer garantia de que o hábito de obediência ao soberano sucedido se transferiria ao soberano sucessor.⁷⁰

No entanto, em evidência, numa república democrática, por exemplo, o direito não perde sua normatividade em razão de uma alteração de legislatura, mas a mantém, o que caracteriza, portanto, sua continuidade. Nesse sentido, segundo Hart, no que concerne à continuidade da força normativa do direito, o argumento de que o soberano é habitualmente obedecido padece de duas fragilidades: (i) o hábito de obediência ao soberano sucedido não atribui ao soberano sucessor o direito à sucessão nessa condição; (ii) o hábito de obediência ao soberano sucedido não permite que se pressuponha um hábito de obediência ao soberano sucessor. A continuidade da normatividade jurídica, assim, depende não de um hábito de obediência, mas da aceitação de uma norma que garanta essa continuidade.⁷¹

De acordo com Hart, a noção de aceitação depende da distinção entre norma e hábito social. Primeiramente, a caracterização de um hábito social exige, tão somente, que haja convergência de comportamento no interior de um grupo. Em

⁶⁸ “Even so, it is not easy to state, even in the case of a single order given face to face by one man to another, precisely what connection there must be between the giving of the order and the performance of the specified act in order that the latter should constitute obedience”. Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 51.

⁶⁹ “[...] It is hardly to be supposed that the obedience, though generally rendered, is a ‘habit’ or ‘habitual’ in the full sense or most usual sense of that word. [...] But where the law runs counter to strong inclinations as, for example, do laws requiring the payment of taxes, our eventual compliance with them, even though regular, has not the unreflective, effortless, engrained character of a habit”. Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 52.

⁷⁰ “Let us now suppose that, after a successful reign, Rex dies leaving a son Rex II who then starts to issue general orders. The mere fact that there was a general habit of obedience to Rex I in his life time does not by itself even render probable that Rex II will be habitually obeyed”. Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 53.

⁷¹ “In fact, the idea of habitual obedience fails, in two different though related ways, to account for the continuity to be observed in every normal legal system, when one legislator succeeds another. First, mere habits of obedience to orders given by one legislator cannot confer on the new legislator any *right* to succeed the old and give orders in his place. Secondly, habitual obedience to the old lawgiver cannot by itself render probable, or found any presumption, that the new legislator’s orders will be obeyed. [...] There must have been the acceptance of the rule under which the new legislator is entitled to succeed.” Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 55.

contrapartida, a norma, para além da convergência de comportamento, exige que a desobediência aos padrões de conduta seja objeto de desaprovação, apta a restabelecer ou induzir a obediência.⁷²

Ademais, a desobediência à norma, para além de reprovável, constitui uma razão ou justificativa para que a conduta desviante seja reprimida, ou seja, face à desobediência do padrão estabelecido pela norma, a sanção resta legítima.⁷³

Por fim, a averiguação de que determinada conduta constitui um hábito social depende, tão somente, de uma proposição fática, que identifique, em caráter descritivo, a prática reiterada de um comportamento em determinado grupo. Em contrapartida, a existência de uma norma depende de um aspecto interno, que exige que os próprios indivíduos sob uma ordem social reconheçam determinada prática como um padrão de comportamento.⁷⁴

De acordo com Hart, esse aspecto interno de uma norma social se caracteriza por uma atitude crítica e reflexiva em face dos padrões de comportamento, o que se expressa por intermédio da necessidade de que se exija a observância dos padrões e do reconhecimento de que essa exigência de observância é legítima ou justificável.⁷⁵

Dessa maneira, no exemplo do soberano sucessor, o que garante a continuidade da normatividade jurídica não é um hábito de obediência ao soberano sucedido, mas a aceitação de que se atribui ao sucessor a autoridade para produzir novos padrões de conduta.⁷⁶

⁷² "But such general convergence or even identity of behaviour is not enough to constitute the existence of a rule requiring that behavior: where there is such a rule deviations are generally regarded as lapses or faults open to criticism, and threatened deviations meet with pressure for conformity, though the forms of criticism and pressure differ with different types of rule". Em: ART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 55.

⁷³ "Secondly, where there are such rules, not only is such criticism in fact made but deviation from the standard is generally accepted as a *good reason* for making it. Criticism for deviation is regarded as legitimate or justified in this sense, as are demands for compliance with the standard when deviation is threatened.". Em: ART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 55-56.

⁷⁴ "By contrast, if a social rule is to exist some at least must look upon the behaviour in question as a general standard to be followed by the group as a whole". Em: ART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 56.

⁷⁵ "What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demand for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demand are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of 'ought', 'must', and 'should', 'right' and 'wrong'". Em: ART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 57.

⁷⁶ "This transforms the situation which we first depicted in terms of mere habits of obedience to Rex; for where such a rule is accepted Rex will not only in fact specify what is to be done but will have the *right* to do this; and not only will there be general obedience to his orders, but it will be generally accepted that it is *right* to obey him. Rex will in fact be a legislator with the *authority* to legislate, i.e. to introduce new standards of behaviour into the life of the group, and there is no reason, since we are now

Assim, ainda que haja a possibilidade de que o soberano sucessor não seja obedecido, a sua autoridade normativa, invariavelmente, depende da aceitação da norma que lhe atribui essa autoridade.⁷⁷

No que concerne à persistência da normatividade jurídica, a fragilidade da noção de um hábito geral de obediência consistiria em demonstrar de que maneira a força normativa de uma lei persiste ainda que o soberano que a produziu seja sucedido. Nesse caso, a autoridade da norma se mantém também em razão da aceitação de uma norma segundo a qual os padrões de conduta introduzidos por um soberano devem ser observados ainda que ele seja sucedido em sua função.⁷⁸

Nesse sentido, conforme destacado acima, a falha lógica da teoria coercitivistica do direito, que identifica que o soberano, enquanto eleitorado, obedece a si próprio, negligencia que a condição de soberano depende de uma norma que lhe confira autoridade, e não apenas de um hábito geral de obediência, de caráter fático.⁷⁹

Assim, com a finalidade de definir a normatividade jurídica para além das fragilidades inerentes à teoria coercitivistica, Hart se dedica a demonstrar que os sistemas jurídicos se constituem de duas espécies distintas de normas. Desse modo, um sistema jurídico não se circunscreveria a normas primárias de obrigação, ou seja, normas que prescrevem comportamentos, mas incluiria, também, normas secundárias, cujos objetos são as próprias normas primárias.⁸⁰

concerned with standards, not 'orders', why he should not be bound by his own legislation". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 58.

⁷⁷ "The statement that a new legislator has a right to legislate presupposes the existence, in the social group, of the rule under which he has this right.". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 59.

⁷⁸ "Presented in the simple terms of the Rex dynasty the position is this. Each of a line of legislators, Rex I, II, and III, may be qualified under the same general rule that confers the right to legislate on the eldest living descendant in the direct line. When the individual ruler dies his legislative work lives on; for it rests upon the foundation of a general rule which successive generations of the society continue to respect regarding each legislator whenever he lived.". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 63.

⁷⁹ "But, where the sovereign person is not identifiable independently of the rules, we cannot represent the rules in this way as merely the terms or conditions under which the society habitually obeys the sovereign. The rules are *constitutive* of the sovereign, not merely things which we should have to mention in a description of the habits of obedience to the sovereign. So we cannot say that in the present case the rules specifying the procedure of the electorate represent the conditions under which the society, as so many individuals, obeys itself as an electorate; for 'itself as an electorate' is not a reference to a person identifiable apart from the rules". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 77.

⁸⁰ "Thus they may all be said to be on a different level from the primary rules, for they are all *about* such rules; in the sense that while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves. They specify the ways in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 94.

Conforme já exposto, Hart se dedica a apresentar os argumentos que seriam aptos a refutar a definição segundo a qual o direito seria um conjunto de comandos baseados em ameaças. Nesse sentido, a teoria do direito enquanto ordem coercitiva toma como pressuposto o caráter obrigatório do direito, ou seja, o fato de que a conduta humana sob o direito não é opcional.⁸¹

Assim, para essa definição coercitivistica de direito, não haveria qualquer distinção entre a obrigação jurídica e o comando de um assaltante, senão a proporção da norma jurídica, que deve ser geral, e não individual.⁸² Todavia, não se permitiria equiparar as duas modalidades de obrigação, porque, embora a vítima do assalto fosse obrigada a obedecer ao comando do assaltante, ela não *teria a obrigação* de fazê-lo.

Dessa maneira, haveria uma distinção fundamental entre a noção de *ser obrigado a* e de *ter uma obrigação*⁸³. No primeiro caso, a obrigação a que se submeteria a vítima do assalto decorre das convicções que ela possui quanto ao resultado da ameaça, quanto à utilidade da desobediência e quanto à capacidade do assaltante para impelir a ameaça perpetrada. Enfim, nesse caso, a obrigação deriva de um elemento subjetivo do próprio obrigado em face da situação na qual o comando foi emitido.⁸⁴

Em contrapartida, no segundo caso, as convicções de que dispõe o obrigado quanto ao caráter obrigatório do comando não são nem *suficientes*, tampouco *necessárias*, para afirmar que ele tinha a obrigação de adotar determinado comportamento.⁸⁵

⁸¹ "It will be recalled that the theory of law as coercive orders, notwithstanding its errors, started from the perfectly correct appreciation of the fact that where there is law, there human conduct is made in some sense non-optional or obligatory". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 82.

⁸² "Let us recall the funman situation. A orders B to hand over his money and threatens to shoot him if he does not comply. According to the theory of coercive orders this situation illustrates the notion of obligation or duty in general. Legal obligation is to be found in this situation writ large; A must be the sovereign habitually obeyed and the orders must be general, prescribing courses of conduct not single actions". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 82.

⁸³ "There is a difference, yet to be explained, between the assertion that someone *was obliged* to do something and the assertion that he *had an obligation* to do it". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 82.

⁸⁴ "Yet, though such references to common judgements of comparative harm and reasonable estimates of likelihood, are implicit in this notion, the statement that a person was obliged to obey someone is, in the main, a psychological one referring to the beliefs and motives with which an action was done.". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 83.

⁸⁵ "Thus not only is it the case that the facts about B's action and his beliefs and motives in the funman case, though sufficient to warrant the statement that B was obliged to hand over his purse, are *not sufficient* to warrant the statement that he had an obligation to do this; it is also the case that facts of

Contudo, uma *interpretação preditiva* defenderia que essas convicções quanto ao resultado da ameaça, quanto à utilidade da desobediência e quanto à capacidade do assaltante para impelir a ameaça perpetrada podem ser apreciadas sob uma ótica objetiva, enquanto probabilidade de que o obrigado seja sancionado face à desobediência, e não sob uma ótica subjetiva, enquanto proposição de caráter psicológico.⁸⁶

Essa interpretação preditiva, entretanto, poderia ser objeto de duas objeções. Primeiramente, a desobediência não revela apenas a probabilidade de que lhe seja imposta uma sanção, mas também a razão ou a justificativa para a sanção, sob o ponto de vista interno dos indivíduos submetidos à ordem jurídica.⁸⁷

Ademais, assim como se permitiria afirmar que da desobediência segue a sanção, não se apresentaria contraditório indicar que da desobediência não se segue qualquer sanção, uma vez que esta hipótese seria plenamente observável e comprovável. Aliás, precisamente, a ausência de contradição entre essas duas proposições se mostra fundamental à compreensão da definição de obrigação.⁸⁸

Assim, o argumento do assaltante não resta plenamente apto a fixar um critério para a distinção entre o direito e o não-direito. Dessa maneira, seria necessário analisar uma situação que inclua a existência de regras sociais, o que contribui para a investigação da noção de obrigação de duas maneiras.

Primeiramente, a situação na qual determinados comportamentos são adotados como padrões de conduta por intermédio de regras sociais constitui o contexto adequado para se identificar a existência de uma obrigação. Além disso, a função distintiva da regra social permite que se adeque a obrigação de caráter geral ao comportamento específico de um indivíduo submetido a esses padrões de conduta.

this sort, i.e. facts about beliefs and motives, are *not necessary* for the truth of a statement that a person had an obligation to do something." Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 83.

⁸⁶ "This, in effect, treats statements of obligation not as psychological statements but as predictions or assessments of chances of incurring punishment or 'evil'". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 83.

⁸⁷ "The fundamental objection is that the predictive interpretation obscures the fact that, where rules exist, deviations from them are no merely grounds for a prediction that hostile reactions will follow or that a court will apply sanctions to those who break them, but are also a reason or justification for such reaction and for applying the sanctions". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 84.

⁸⁸ "None the less, it is crucial for the understanding of the idea of obligation to see that in individual cases the statement that a person has an obligation under some rule and the prediction that he is likely to suffer for disobedience may diverge". HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 85.

Assim, embora a proposição segundo a qual um indivíduo *tem a obrigação de* implique a existência de uma regra social, que estabelece um padrão de comportamento, a proposição segundo a qual a existência de uma regra social implica que um indivíduo *tem uma obrigação* não é válida.⁸⁹ Dessa maneira, a obrigação se distinguiria das demais regras sociais a partir de três elementos.

Primeiramente, ainda que tanto a obediência às regras sociais como a obediência às obrigações sejam estimuladas por intermédio de pressão social, apenas as obrigações recebem essa pressão de maneira insistente, sob o auxílio, por exemplo, de sanções físicas, aplicadas por um órgão oficial e centralizado.⁹⁰

Além disso, as obrigações derivam de regras sociais imprescindíveis ou necessárias à manutenção do convívio social, a exemplo daquelas que atribuem o monopólio da violência ao Estado, retirando a possibilidade de exercício da força pelos particulares.

Por fim, as condutas estabelecidas pelas regras sociais das quais derivam as obrigações se opõem aos comportamentos que os indivíduos adotariam caso seguissem seus próprios interesses, de modo que a obediência à obrigação ou ao dever implica um sacrifício ou renúncia do interesse particular.

Para que se descarte a interpretação preditiva, contudo, exige-se, ainda, um esclarecimento quanto ao ponto de vista interno. Dessa maneira, segundo os defensores da teoria preditiva, o critério da pressão social para distinguir a regra social que estabelece uma obrigação das demais regras sociais também é adotado pela teoria preditiva, constituindo, inclusive, o seu núcleo fundamental.

No entanto, segundo Hart, quando se afirma que a pressão social é um elemento distintivo da obrigação, o caráter dessa afirmação não é preditivo, mas descritivo, o que é fundamental para que se compreenda o próprio caráter normativo das regras sociais.⁹¹

⁸⁹ "The statement that someone has or is under an obligation does indeed imply the existence of a rule; yet it is not always the case that where rules exist the standard of behaviour required by them is conceived of in terms of obligation". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 85-86.

⁹⁰ "What is important is that the insistence on importance or *seriousness* of social pressure behind the rules is the primary factor determining whether they are thought of as giving rise to obligations". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 87.

⁹¹ "For an advocate of that theory may well ask why, if social pressure is so important a feature of rules of obligation, we are yet so concerned to stress the inadequacies of the predictive theory; for it gives this very feature a central place by defining obligation in terms of the likelihood that threatened punishment or hostile reaction will follow deviation from certain lines of conduct. The difference may seem slight between the analysis of a statement of obligation as a prediction, or assessment of the

Dessa maneira, as regras sociais podem ser descritas tanto sob o *ponto de vista externo*, por um observador que não as aceita, como sob o *ponto de vista interno*, por um observador que as aceita, ou seja, que as reconhece enquanto padrão de comportamento.

Sob o ponto de vista externo, resta plenamente possível descrever as regras sociais, bem como a obediência ou desobediência aos padrões de comportamento, com a finalidade de prever as chances com que o desvio do padrão implicará a aplicação de sanções, do modo como defende a teoria preditiva.

Contudo, segundo Hart, essa descrição sob a ótica externa jamais será dotada de caráter normativo.⁹² Em contrapartida, sob o ponto de vista interno, a obediência ou desobediência à regra social não constitui, tão somente, um *indício* ou predição de que dela seguirá uma sanção, mas uma *razão* para que se conduza conforme orienta a norma ou para que se reprima a desobediência à norma.⁹³

Trata-se, portanto, de uma autorreflexão do indivíduo submetido a uma ordem social acerca de seu próprio comportamento sob o manto dos padrões de conduta estabelecidos pelas regras sociais dessa ordem normativa.⁹⁴

Nesse sentido, Hart indica que há grupos cuja regulação social depende apenas de normas de obrigação, ou seja, normas cujo controle social se exerce tão

chances, of hostile reaction to deviation, and our own contention that though this statement presupposes a background in which deviations from rules are generally met by hostile reactions, yet its characteristic use is not to predict this but to say that a person's case falls under such a rule". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 88.

⁹² "If, however, the observer really keeps austere to this extreme external point of view and does not give any account of the manner in which members of the group who accept the rule view their own regular behaviour, his description of their life cannot be in terms of rules at all, and so not in the terms of the rule-dependent notions of obligation or duty. Instead, it will be in terms of observable regularities of conduct, predictions, probabilities, and signs. For such an observer, deviations by a member of the group from normal conduct will be a sign that hostile reaction is likely to follow, and nothing more". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 89-90.

⁹³ "For them the violation of a rule is not merely a basis for the prediction that a hostile reaction will follow but a *reason* for hostility". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 90.

⁹⁴ [...] His view will be like the view of one who, having observed the working of a traffic signal in a busy street for some time, limits himself to saying that when the light turns red there is a high probability that the traffic will stop. He treats the light merely as a natural *sign* that people will behave in certain ways, as clouds are a *sign* that rain will come. In so doing he will miss out a whole dimension of the social life of those whom he is watching, since for them the red light is not merely a sign that others will stop: they look upon it as a *signal* for them to stop, and so a reason for stopping in conformity to rules which make stopping when the light is red a standard of behaviour and an obligation. To mention this is to bring into the account the way in which the group regards its own behaviour. It is to refer to the internal aspect of rules seen from their internal point of view". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 90.

somente pela pressão à obediência, sob o ponto de vista interno.⁹⁵ No entanto, numa organização social complexa, esse modelo não seria suficiente ao controle social, que quedaria deficiente e exigiria complementações.⁹⁶

A primeira deficiência dessa técnica simples de controle social, sustentada senão por normas de obrigação, consistiria na incerteza quanto ao âmbito de aplicação dessas normas, considerando que elas não integram um sistema normativo, mas constituem apenas regras dispersas, sem que haja um procedimento específico para que se suprima essa incerteza.⁹⁷

A segunda deficiência consistiria no caráter estático das normas de obrigação, que não podem ser objeto de uma modificação deliberada. *A contrario sensu*, a única forma de alterar essas regras seria por intermédio da introdução de novos padrões de comportamento segundo o ponto de vista interno, uma vez que a norma de obrigação, por si só, não seria apta a introduzir novos parâmetros de conduta sem que eles fossem qualificados pelo ponto de vista interno.⁹⁸

Por fim, a terceira deficiência do controle social exercido por intermédio de normas de obrigação seria a ineficiência da pressão social difusa, uma vez que a ausência de um órgão encarregado para avaliar se uma regra foi obedecida ou

⁹⁵ "Indeed, there are many studies of primitive communities which not only claim that this possibility is realized but depict in detail the life of a society where the only means of social controle is that general attitude of the group towards its own standard modes of behaviour in terms of which we characterized rules of obligation". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 91.

⁹⁶ "It is plain that only a samll community closely knit by ties of kinship, common sentiment, and belief, and placed in a stable environment, could live successfully by such a regime of unofficial rules. In any other condtions such a simple form of social controle must prove defective and will require supplementation in different ways.". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 92.

⁹⁷ "In the first place, the rules by which the group lives will not form a system, but will simply be a set of separate standards, without any identifying or common mark, except of course that they are the rules which a particular group of human beings accepts. They will in this respect resemble our own rules of etiquette. Hence if doubts arise as to what the rules are or as to the prcise scope of some given rule, there will be no procedure for settling this doubt, either by reference to an authoritative text or to an official whose declarations on this point are authoritative. For, plainly, such a procedure and the acknowledgement of either authoritative text or persons involve the existence of rules of a type diferente from the rules of obligation or duty which *ex hypothesi* are all that the group has. This defect in the simple social structure of primary rules we may call its *uncertainty*". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 92.

⁹⁸ "A second defect is the *static* character of the rules. The only ode of change in the rules known to such a society will be the slow process of growth, whereby courses of conduct once thought optional become first habitual or usual, and the obligatory, and the converse process of decay, when deviations, once severely dealt with, are first tolerated and then pass unnoticed. There wil be no means, in such a society, of deliberately adapting he rules to changing circumstances, either by eliminating old rules or introducing new ones: for, again, the possibility of doing this presupposes the existence of rules of a diferente type from the primary rules of obligation by which alone the society lives.". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 92/93.

desobedecida pode acarretar disputas intermináveis, o que difere, contudo, da controvérsia referente à centralização da aplicação da sanção.⁹⁹

De acordo com Hart, a suplementação dessas deficiências exigiria a fixação de regras constantes de uma espécie distinta das normas de obrigação e que seriam responsáveis pela organização própria de um sistema jurídico.¹⁰⁰ Nesse sentido, o conteúdo das normas secundárias não seria a conduta do indivíduo em sociedade, mas as próprias normas primárias de obrigação e a sua forma de organização.¹⁰¹

Neste trabalho, com o intuito de elucidar a crítica elaborado por Dworkin em *Model of Rules I*, cabe apresentar, tão somente, a caracterização da norma de reconhecimento, que é a norma secundária destinada a suplementar a incerteza das normas primárias de obrigação.

A norma de reconhecimento (*rule of recognition*) se dedica a estabelecer características e procedimentos que permitem a identificação definitiva e conclusiva de que uma determinada regra constitui uma norma de obrigação e que deve ser obedecida pelos indivíduos, sob a ótica de pressão social e do ponto de vista interno.¹⁰²

⁹⁹ "The third defect of this simple form of social life is the *inefficiency* of the diffuse social pressure by which the rules are maintained. Disputes as to whether an admitted rule has or has not been violated will always occur and will, in any but the smallest societies, continue interminably, if there is no agency specially empowered to ascertain finally, and authoritatively, the fact of violation". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 93.

¹⁰⁰ "The remedy for each of these three main defects in this simple form of social structure consists in supplementing the *primary* rules of obligation with *secondary* rules which are rules of a different kind. The introduction of the remedy for each defect might, in itself, be considered a step from the pre-legal into the legal world; since each remedy brings with it many elements that permeate law: certainly all three remedies together are enough to convert the regime of primary rules into what is indisputably a legal system.". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 94.

¹⁰¹ "Thus they may all be said to be on a different level from the primary rules, for they are all *about* such rules; in the sense that while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves. They specify the ways in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 94.

¹⁰² "The simplest form of remedy for the uncertainty of the regime of primary rules is the introduction of what we shall call a 'rule of recognition'. This will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts.". Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 94.

Dessa maneira, a norma de reconhecimento seria o mecanismo próprio e dotado de autoridade apto a dirimir a incerteza quanto às normas primárias de obrigação¹⁰³, o que implicaria uma primeira noção de validade jurídica.¹⁰⁴

Segundo Hart, a introdução de normas secundárias na regulação do comportamento social altera significativamente a função do ponto de vista interno, que não se restringe a justificar a exigência de obediência a normas que fixam padrões de conduta, mas que se destina, também, a justificar a forma de organização dessas normas primárias segundo normas secundárias, cujo objeto são as próprias normas primárias e que introduzem à análise noções complexas tais quais validade e jurisdição.¹⁰⁵

Ronald Dworkin, em *Model of Rules I*, caracteriza o positivismo jurídico de Hart a partir de três elementos, dos quais dois merecem destaque, considerando o objeto deste trabalho.

Primeiramente, conforme a leitura de Dworkin, o direito, na versão do positivismo jurídico, seria um conjunto de regras especiais destinadas a fixar quais comportamentos deverão ser objeto de sanção, cuja identificação depende de um critério formal (um teste de *pedigree*), apto a distinguir as normas jurídicas de outras espécies de normas sociais.¹⁰⁶

Ademais, segundo Dworkin, para os positivistas, a existência de uma obrigação jurídica implicaria afirmar que a situação fática sob a qual se encontra

¹⁰³ “[...] what is crucial is the acknowledgment of reference to the writing or inscription as *authoritative*, i.e. as the *proper* way of disposing of doubts as to the existence of the rule. Where there is such an acknowledgment there is a very simple form of secondary rule: a rule for conclusive identification of the primary rules of obligation”. Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 95.

¹⁰⁴ “Further, in the simple operation of identifying a given rule as possessing the required feature of being an item on an authoritative list of rules we have the form of the idea of legal validity”. Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 95.

¹⁰⁵ “Under the simple regime of primary rules the internal point of view manifested in its simplest form, in the use of those rules as the basis of criticism, and as the justification of demands for conformity, social pressure, and punishment. Reference to this most elementary manifestation of the internal point of view is required for the analysis of the basic concepts of obligation and duty. With the addition to the system of secondary rules, the range of what is said and done from the internal point of view is much extended and diversified. With this extension comes a whole set of new concepts and they demand a reference to the internal point of view for their analysis. These include the notions of legislation, jurisdiction, validity, and, generally, of legal powers, private and public.”. Em: HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994, p. 98/99.

¹⁰⁶ “(a) The law of a community is a set of special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power. These special rules can be identified and distinguished by specific criteria, by test having to do not with their content but with their *pedigree* or the manner in which they were adopted or developed”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 17.

determinado indivíduo exige que ele se conduza de determinado modo, e não de outro, pois uma regra válida o impõe esse dever.¹⁰⁷

Segundo Dworkin, o modelo de Herbert Hart, dadas as distinções entre normas primárias e normas secundárias, bem como as distinções entre *ter uma obrigação* e *ser obrigado a*, fundamenta a autoridade normativa do direito¹⁰⁸ em dois elementos, a saber, (i) a aceitação das normas como obrigatórias e como razões para a obediência e (ii) a validade das normas, desde que criadas segundo os parâmetros fixados pela norma secundária de reconhecimento.¹⁰⁹

Ademais, considerando a diferença entre validade e aceitação, Dworkin destaca que, no modelo de Hart, a força normativa da regra de reconhecimento, que é fundamento da validade jurídica, depende de sua aceitação, e não de sua observância aos parâmetros de outra regra semelhante, ou seja, a regra de reconhecimento, por si só, não pode ser qualificada como válida ou inválida, mas, tão somente, como aceita.¹¹⁰

Conforme exposto no início desta subseção, a crítica técnica de Dworkin se destina a averiguar a força normativa dos princípios por intermédio do teste de validade oferecido pela norma de reconhecimento, com a finalidade de verificar a aptidão do argumento de Hart para caracterizar a normatividade do direito.

Nesse sentido, Dworkin apresenta uma distinção entre regras e princípios, que sustenta a exposição de seu argumento. Primeiramente, o princípio constitui um padrão cuja observância deriva de uma exigência de dimensão moral.¹¹¹ Dada essa

¹⁰⁷ "(c) To say that someone has a 'legal obligation' is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing something". Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 17.

¹⁰⁸ "A rule differs from an order, among other ways, by being *normative*, by setting a standard of behaviour that has a call on its subject beyond the threat that may enforce it. A rule can never be binding just because some person with physical power wants it to be so. He must have authority to issue the rule or it is no rule, and such authority can only come from another rule which is already binding on those to whom he speaks. That is the difference between a valid law and the orders of a gunman". Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 19/20.

¹⁰⁹ "Thus we can recast Hart's fundamental distinction this way: a rule may be binding (a) because it is accepted or (b) because it is valid.". Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 20.

¹¹⁰ "Of course, a rule of recognition cannot itself be valid, because by hypothesis it is ultimate, and so cannot meet test stipulated by a more fundamental rule. The rule of recognition is the sole rule in a legal system whose binding force depends upon its acceptance.". Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 21.

¹¹¹ "I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.". Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22.

noção geral de princípio, Dworkin elenca dois critérios capazes de diferenciá-la das regras.

Primeiramente, a distinção entre regras e princípios possui natureza lógica, uma vez que aquelas orientam a decisão ao modo do tudo-ou-nada, ou seja, a aplicação de uma regra válida constitui um juízo meramente analítico¹¹², enquanto estes enunciam uma razão para a tomada de determinada decisão, mas não a determinam, ou seja, a aplicação de um princípio não constitui um juízo analítico, pois a decisão particular complementa o conteúdo do princípio.¹¹³

Em outras palavras, as regras preveem condições sob as quais a sua aplicação numa decisão particular se apresenta necessária. Ao contrário, a aplicação dos princípios numa decisão particular não é necessária, mas contingente, pois o princípio não prevê essas condições que exigem a necessidade de sua observância.

Essa distinção entre regra e princípio se assemelha às definições apresentadas por Robert Alexy, que indica que os princípios constituem mandamentos de otimização, enquanto as regras constituem normas determináveis fáctica e juridicamente quanto ao seu âmbito de satisfação.¹¹⁴

Além disso, de acordo com Dworkin, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, que é estranha às regras. Nesse sentido, a decisão particular que opta pela aplicação de um princípio deve considerar a força normativa dos demais

¹¹² “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

¹¹³ “A principle like ‘No man may profit from his own wrong’ does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision. If a man has or is about to receive something, as a direct result of something illegal he did to get it, then that is a reason which the law will take into account in deciding whether he should keep it.” Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26.

¹¹⁴ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinados pelos princípios regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fáctica e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”. Em: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. ed., 3. reimp. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 90/91.

princípios.¹¹⁵ Ao contrário, a importância das regras possui um caráter meramente funcional, a depender do comportamento que estabelecem como padrão, sem a possibilidade de que elas conflitem quanto à regulação de uma mesma conduta.¹¹⁶

Dessa maneira, a análise da definição de obrigação jurídica exige que se esbocem duas possibilidades quanto ao papel assumido pelos princípios nas decisões particulares: a) os princípios são dotados de normatividade jurídica, de modo que o direito se compõe tanto de princípios como de regras, cujas forças normativas são idênticas, ressalvadas suas distinções estruturais;¹¹⁷ b) os princípios não são dotados de normatividade jurídica, embora os juízes possam utilizá-los para fundamentar decisões particulares.¹¹⁸

A segunda possibilidade importaria na incontornável análise do problema referente ao poder discricionário dos juízes e, por conseguinte, à relação entre o direito e a moral, o que, embora seja central ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, foge aos objetivos deste trabalho.

A primeira possibilidade, em contrapartida, implica a necessidade de se submeter os princípios ao teste de validade oferecido pela norma de reconhecimento, a fim de se averiguar se a argumentação de Hart é suficiente à caracterização da normatividade jurídica.

Dessa maneira, Dworkin, em síntese, apresenta três argumentos para afastar a possibilidade de que os princípios atravessem o teste oferecido pela norma de reconhecimento.

¹¹⁵ “This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each.” Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26.

¹¹⁶ “Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being *functionally* important or unimportant [...]. In this sense, one legal rule may be more important than another because it has a greater or more important role in regulating behavior. But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 27.

¹¹⁷ “(a) We might treat legal principles the way we treat legal rules and say that some principles are binding as law and must be taken into account by judges and lawyers who make decisions of legal obligation. If we took this tack, we should say that in the United States, at least, the ‘law’ includes principles as well as rules”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 29.

¹¹⁸ “(b) We might, on the other hand, deny that principles can be binding the way some rules are. We would say, instead, that in cases like *Riggs* or *Henningsen* the judge reaches beyond the rules that he is bound to apply (reaches, that is, beyond the ‘law’) for extra-legal principles he is free to follow if he wishes”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 29.

Primeiramente, os princípios não decorrem de uma decisão legislativa ou judicial específica, mas derivam da prática jurídica ao longo do tempo.¹¹⁹ Assim, não há como reuni-los ao redor de uma única regra, que estabeleça parâmetros comuns à identificação de um princípio.¹²⁰ Desse modo, em oposição às regras, não haveria como fixar uma relação simples ou direta entre uma regra de validação e a pluralidade e complexidade dos princípios.¹²¹

Em segundo lugar, segundo Dworkin, para Hart, a regra de reconhecimento poderia atribuir validade jurídica a obrigações não instituídas por órgãos especializados, mas fixadas, por exemplo, pelo costume. No entanto, essa possibilidade contradiz a distinção entre validade e aceitação, uma vez que os costumes, enquanto normas aceitas, fundamentariam sua obrigatoriedade meramente em sua aceitabilidade, e não em sua validade. Assim, a regra de reconhecimento se transmutaria numa regra de não-reconhecimento, pois perderia sua função essencial, que é garantir a distinção entre a obrigatoriedade decorrente da aceitação e a obrigatoriedade decorrente de validade.¹²²

Ademais, a afirmação de que a obrigatoriedade dos costumes pode decorrer apenas da sua aceitação contradiz, também, a tese de que a única regra do sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende da aceitação seria a norma secundária de reconhecimento.¹²³

¹¹⁹ “The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time.” Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 40.

¹²⁰ “We could not bolt all of those together into a single ‘rule’, even a complex one, and if we could the result would bear little relation to Hart’s picture of a rule of recognition [...]”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 40.

¹²¹ “So even though principles draw support from the official acts of legal institutions, they do not have a simple or direct enough connection with these acts to frame that connection in terms of criteria specified by some ultimate master rule of recognition.”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 41.

¹²² Essa passagem é essencial: “The master rule, says Hart, marks the transformation from a primitive society to one with law, because it provides a test for determining social rules of law other than by measuring their acceptance. But if the master rule says merely that whatever other rules the community accepts as legally binding are legally binding, then it provides no such test at all, beyond the test we should use were there no master rule. The master rule becomes (for these cases) a non-rule of recognition; we might as well say that every primitive society has a secondary rule of recognition, namely the rule that whatever is accepted as binding is binding”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 42.

¹²³ “Hart’s treatment of custom amounts, indeed, to a confession that there are at least some rules of law that are not binding because they are valid under standards laid down by a master rule but are binding – like the master rule – because they are accepted as binding by the community. This chips at the neat pyramidal architecture we admired in Hart’s theory: we can no longer say that only the master rule is binding because of its acceptance, all other rules being valid under its terms.”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 43.

Por fim, Dworkin afirma que a regra de reconhecimento permaneceria sem sustentação ainda que se supusesse que ela equivale ao conjunto de todos os princípios do sistema jurídico. Nesse caso, o argumento resultaria numa tautologia (o direito é o direito) ou na impossibilidade de se recolher e identificar todos os princípios do sistema.¹²⁴

2.2 A crítica metodológica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico

Para além da crítica técnica esboçada na primeira subseção deste capítulo, Dworkin também dirige uma crítica metodológica ao positivismo jurídico, cuja elaboração ocorre no âmbito da obra *Law's Empire*. Conforme menciona Scott Shapiro, essa crítica metodológica, ainda que poderosa, não foi devidamente enfrentada pela literatura especializada, sobretudo pelos autores que se engajaram no debate entre Hart e Dworkin.¹²⁵

Dessa maneira, pretende-se realizar uma breve exposição do primeiro capítulo de *Law's empire*, que delineia a dificuldade do problema referente à normatividade jurídica e o modo como ele foi enfrentado pelo positivismo jurídico.

O autor inicia suas investigações, então, apontando que, devido à importância do direito e da maneira como os juízes decidem os casos, seria relevante como esses agentes definem o direito e, caso existam divergências sobre esse conceito, quais seriam os fatores conflitantes nesse embate.

Segundo o autor, nos EUA, as decisões judiciais admitem ainda mais importância, pois elas comumente se tornam o próprio direito, sobrepondo-se, inclusive, às decisões de outras esferas do poder (por exemplo, *Brown vs. Board of Education*).

¹²⁴ "One more possibility must be considered, however. If no rule of recognition can provide a test for identifying principles, why not say that principles are ultimate, and *form* the rule of recognition of our law? The answer to the general question 'What is valid law in an American jurisdiction?' would then require us to state all the principles (as well as ultimate constitutional rules) in force in that jurisdiction at the time, together with appropriate assignments of weight. A positivist might regard the complete set of these standards as the rule of recognition of the jurisdiction. This solution has the attraction of paradox, but of course it is an unconditional surrender. If we simply designate our rule of recognition by the phrase 'the complete set of principle in force', we achieve only the tautology that law is law. If, instead, we tried actually to list all the principles in force we would fail." Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 43/44.

¹²⁵ "As we will see, this critique of positivism is extremely powerful. Moreover, none of the responses to the first critique mentioned earlier are effective against it. Whether positivists have any defense against it is a matter to which I will return at the end of the essay." Em: SHAPIRO, Scott. The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed. **Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 77, mar, 2007, p. 3. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>.

O filósofo, assim, coloca que, comumente, existem *três questões* capazes de promover divergências num caso judicial: questões de fato (*issues of fact*), questões de direito (*issues of law*) e questões de moralidade (*issues of political morality and fidelity*). O primeiro e o terceiro modelos de desavenças, segundo o escritor, não representam intermitências intransponíveis à prática jurídica, pois as causas que revelam essas contradições são facilmente identificáveis (são questões suficientemente claras, evidentes – *straightforward enough*).

A terceira questão causa problemas, pois os juízes e advogados discordam frequentemente quanto ao direito que se aplica ao caso ou, ainda, quanto à forma de se aplicar determinado direito a um caso (pressupondo que ele é aplicável, eles divergem quanto aos testes corretos a serem realizados – *the right tests to use it [the law]*). Agora, se realmente os *issues of law* são um terceiro tipo de desavença ou questão num caso judicial, cabe definir no que consiste essa divergência e qual é seu objeto.

Ele formula, assim, duas novas categorias: *as proposições jurídicas* (*propositions of law*) e *os fundamentos do direito* (*grounds of law*). As proposições jurídicas compõem um conjunto de afirmações e alegações (*statements and claims*) que representam o entendimento dos juristas e dos indivíduos sobre os comandos que o direito emite, sobre o que o direito permite, proíbe ou atribui (*prohibits, allows ou entitles*). Elas podem ser gerais ou concretas. Os operadores do direito (juízes, advogados) e os indivíduos podem admiti-las como verdadeiras ou falsas. Essas proposições se referem a um objeto específico, que é o direito e aquilo que ele próprio enuncia, e não qualquer outra coisa mística (*“they are not about what Law whispered to the planets”*).

Importante destacar que Dworkin não diferencia as proposições jurídicas segundo os agentes que a emitem. Pelo contrário, elas aparecem independentes dos agentes e quaisquer dos agentes envolvidos no jogo do direito podem admiti-las como verdadeiras ou falsas. Em Kelsen, por exemplo, a noção de proposição jurídica constitui um enunciado específico da ciência jurídica, ou seja, o agente que a emite é um cientista do direito. É verdade que qualquer agente pode avaliar a proposição jurídica como verdadeira ou falsa, desde que assuma o mesmo ponto de vista da ciência jurídica e conclua que o raciocínio que deu origem à proposição é válido.

Nesse quesito, Dworkin se distingue de Kelsen, porque as proposições jurídicas parecem também incluir, por exemplo, as decisões judiciais, que não

possuem o mesmo status em Kelsen (as decisões judiciais não podem ser avaliadas segundo o binômio verdadeiro/falso).

A veracidade ou falsidade das proposições jurídicas depende de um outro conjunto de afirmações, amplamente compartilhado pela sociedade: os fundamentos do direito (*grounds of law*). Esses fundamentos são responsáveis por embasar e carregar critérios que permitem a emissão de juízos sobre as proposições jurídicas, ou seja, que, por constituírem um padrão de enunciados que possui aceitação geral, são capazes de afirmar ou negar que uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa.

O autor indica, nesse sentido, que as divergências sobre as questões de direito podem ocorrer em *dois níveis diferentes*. O primeiro é denominado de *divergência empírica (empirical disagreement)* e ocorre quando os juízes e operadores concordam quanto aos fundamentos do direito que regem determinado caso judicial, mas discordam sobre as proposições jurídicas que estão sendo utilizadas para a solução desse caso. O segundo nível é denominado, segundo Dworkin, de *divergência teórica (theoretical disagreement)* e ocorre quando os juízes e operadores concordam quanto às proposições jurídicas utilizadas para a solução do caso, mas discordam quanto à natureza e à essência dos fundamentos do direito que permitem a emissão de juízos sobre essas proposições.

A atenção do público em geral se volta à divergência empírica, e não à divergência teórica. Quando os juízes decidem os grandes casos, que atraem a atenção do público, o problema que se coloca é se os juízes inventaram ou descobriram o direito, e não propriamente se o direito deve ou não ser seguido após já se ter definido o que o direito é (o que seria exemplo de uma divergência empírica).

Num sentido trivial, os juízes criam novo direito quando decidem um grande caso ou um caso importante (no sentido delineado acima). Os juízes apresentam isso, contudo, como sendo uma forma correta de dizer aquilo que o direito já é, se adequadamente compreendido. Eles defendem, então, que esse novo entendimento (*new statement*) é necessário para corrigir uma percepção dos verdadeiros fundamentos do direito (*grounds of law*). Nesse sentido, a discussão quanto a se os juízes inventam ou dizem o direito se refere apenas ao fato de avaliar esse novo entendimento como verdadeiro ou falso. A ausência de clareza desse debate, no entanto, é devida justamente à existência de uma divergência teórica quanto aos fundamentos do direito e a dificuldade em confirmar se os juízes produziram novo direito ou apenas reconheceram um direito já existente.

O escritor, então, postula que o modelo de contradição que melhor reflete e se adapta à prática judicial, exibindo, dessa maneira, as inconsistências da atividade jurídica e as limitações que a rodeiam, é a *divergência teórica*. A divergência empírica, assim, representaria apenas a superfície de um conjunto de contradições que extrapola a abrangência de contingências factuais e atinge o sistema jurídico e a doutrina do direito em sua plenitude. Entretanto, o desenvolvimento intelectual, acadêmico e político-legislativo, tradicionalmente, não reconhece a divergência teórica como a essência das insuficiências da prática jurídica e, em certo sentido, *negligencia a existência dessa contradição, apontando, incisivamente e exclusivamente, para a divergência empírica como substrato das impertinências da atividade dos juízes e operadores do direito*. Essas propostas, segundo o autor, estão intrinsicamente relacionadas às expectativas da sociedade em relação à atitude dos juízes, se eles criam o direito ou o descobrem e se estão sendo coerentes ao se utilizarem do material jurídico na solução dos casos. Essa percepção remete, então, de acordo com Dworkin, à *compreensão do direito como simples questão de fato (the plan-fact view)*.

O direito como simples questão de fato é o argumento que confronta a noção de divergência teórica e que corrobora a proposta da divergência empírica. Nesse olhar, a divergência teórica sobre o direito, segundo o autor, seria apenas uma ilusão na análise dessas contingências. Ao se observar, primordialmente, uma suposta contradição abstrata nas proposições dos juízes, estar-se-ia apresentando, efetivamente, uma discussão sobre o que o direito deveria ser, e não sobre aquilo que ele realmente é, pois o que o direito é depende, exclusivamente, da perspicácia e da capacidade técnica do operador do direito na identificação das normas válidas para um caso concreto específico. O que é comumente reconhecido como divergência teórica, dessa forma, não estaria contido no âmbito das questões de direito, *mas no recorte das questões de moralidade e fidelidade*.

O argumento do *direito como simples questão de fato*, sucintamente, foi defendido de três maneiras diferentes ao longo da história da teoria do direito. O *modelo conservador* aponta que o direito, ao se resumir à identificação e subsunção dos fatos à lei, deve ser plenamente observado na atividade os magistrados, ou seja, os juízes devem ser fiéis àquilo que a lei é. O *modelo progressista* propõe que os operadores do direito, ao reconhecerem a essência do direito, devem suplantá-la utilizando critérios de justiça e correção das incompletudes sociais. O *modelo*

acadêmico, sob uma elaboração sofisticada, coloca que o direito, em situações difíceis, não apresenta nenhuma solução ao caso concreto, de maneira que é impossível afirmar, nessa situação, o que o direito é. Essa incompletude, ausente nas duas outras ratificações do argumento da simples questão de fato, seria superada pela criação de um novo direito, por meio do poder discricionário, realizada por um profissional competente na identificação e reconhecimento do direito válido.

A discricionariedade, destarte, seria um instrumento que comprovaria a tese do direito como simples questão de fato e, ao atribuir ao juiz poderes irrestritos de criação do direito, estaria negligenciando os aspectos das divergências teóricas existentes na prática jurídica. Criticar esse meio de elaboração livre do direito, então, é explicitar em que empreendimentos o argumento da factualidade do direito é carregado como premissa e de que maneira esses pressupostos podem ser superados por uma proposta sapiencial que valorize as divergências teóricas como ponto fundamental de debate e apreensão cognitiva da prática e da doutrina jurídica.

Dworkin identifica, assim, um conjunto de teorias em que a factualidade do direito é adotada como premissa de análise do objeto jurídico. As *teorias semânticas* partem da tese de que o direito é uma simples questão de fato. As teorias semânticas, em suma, propõem que os juízes e operadores do direito, ao emitirem juízos sobre o que é o direito, compartilham de uma base de critérios que constroem significados para a palavra direito, ou seja, *possuem um conjunto de regras linguísticas que os permitem identificar e reconhecer o direito válido*. O autor ressalta, entretanto, que os juristas nem sempre tem a posse do conhecimento de quais são esses critérios e, assim, a filosofia da linguagem e do direito seria responsável por explicitar e sistematizar esse conjunto de premissas. O *positivismo jurídico*, segundo o escritor, estaria inserido no conjunto de teorias semânticas, assim como o jusnaturalismo e o realismo jurídico, comumente retratados como oposições epistemológicas do positivismo (esse é um importante argumento de Dworkin, pois ele agrupa numa mesma categoria teorias que em geral foram apresentadas como diametralmente opostas).

O filósofo indica, primeiramente, que a diferenciação das teorias semânticas ocorre *na identificação e materialização dos critérios* que compõem a base comum compartilhada pelos juristas (a fixação do que Dworkin denominou *fundamentos do direito*). O juspositivismo, assim, aponta que esses critérios, no limite, dependeriam de eventos históricos específicos no interior da comunidade política. Em John Austin,

essas situações *compõem o conjunto de comandos e ordenações emitidas por um soberano*, reconhecido como *autoridade política* suprema dentro da comunidade. Nas propostas de Herbert Hart, esses acontecimentos compreendem um *grupo de convenções*, aceito pela comunidade, responsável por reconhecer *quais instituições* e órgãos teriam a *competência* e a *autoridade* de emitir normas jurídicas válidas (esse grupo foi denominado, pelo britânico, de “regra de reconhecimento”).

Dworkin analisa, além disso, os argumentos utilizados pelas teorias positivistas para defender esses pressupostos epistemológicos e, por conseguinte, para corroborar a tese do direito como questão de fato. Existem, então, de acordo com o intelectual, *duas ideias fundamentais* que ratificam essa proposta doutrinária e, ainda, um *terceiro argumento*, de caráter inerentemente filosófico, que, além de apoiar as teses positivistas, propõe-se como ponto de corte e virada das teorias semânticas para as teorias interpretativas.

O *primeiro argumento* (*argumento fraco*) a favor do positivismo, segundo o intelectual, é semelhante à noção que configurou a definição de direito enquanto mera questão factual. Ele afirma que *a divergência teórica existente ao se observar a prática jurídica é apenas uma ilusão*. Essa aparência constatada na atividade dos juízes e operadores do direito, contudo, é *proposita* e deriva da pretensão desses profissionais de não revelar à comunidade civil e política que o direito possui lacunas, ou seja, que ele não possui respostas a todos os casos, pois a expectativa ordinária da população em relação à atividade jurídica é que o direito sempre possua soluções às situações concretas. Essa máscara, então, teria uma *dupla tarefa*: garantiria a confiança dos indivíduos no ofício dos juristas e, ainda, reservaria, implicitamente, o embasamento da atividade judicial à tese do direito como simples questão de fato.

O segundo argumento, de acordo com o autor, corresponde a uma elaboração sofisticada da teoria positivista e, em alguma medida, é capaz de oferecer uma *forte sustentação* a essas premissas cognoscitivas. Ele afirma que, em casos limítrofes ou difíceis, o direito não apresenta uma linguagem clara e evidente sobre quais são as regras válidas na regência do caso (o que não significa, explicitamente, que existam lacunas no direito) e, dessa maneira, os juristas, ao tentar identificar e interpretar essas normas, aparentam estar revelando uma divergência teórica sobre o direito, quando, de fato, estão apenas se expressando de maneira linguisticamente diferente sobre uma mesma base empírica. Essa proposta revelaria, assim, que não há uma *divergência teórica*, mas uma *divergência linguística e interpretativa*.

O último argumento (o argumento do *semantic sting* ou *ferrão/aguilhão semântico*), de caráter filosófico, segundo o escritor, revela a criação de uma condição essencial para a efetivação das propostas estabelecidas pelas teorias semânticas e que, em outras palavras, representa o próprio fundamento que proporciona a origem da discussão elaborada por essas teorias. Ele aponta que somente será possível desenvolver um debate acerca de qual é o significado do direito caso os juízes e operadores do direito compartilhem de um conjunto basilar de significações e atribuições de sentido da palavra direito, ou seja, caso compartilhem dos mesmos fundamentos de direito (*grounds of law*). Se essa condição não for respeitada, alcançar-se-ia a comprovação absurda de dois indivíduos discutindo conceitos e abstrações acerca de objetos diferentes.

Ou seja, o que Dworkin pretende defender por meio do argumento do ferrão semântico (*semantic sting*) é que, caso sejam mantidas as divergências teóricas (*theoretical disagreements*) entre os agentes jurídicos, as divergências empíricas sobre as quais as teorias semânticas resistem em se debruçar não poderiam se sustentar enquanto divergências, eis que os agentes que divergem possuem premissas diferentes. Em verdade, as divergências empíricas seriam apenas enunciados distintos acerca de objetos distintos.

Dworkin defende, então, que essa suposta contradição identificada pela teoria semântica caso os fundamentos do direito não fossem compartilhados pelos agentes jurídicos é uma concepção falaciosa. Essa foi, por exemplo, a interpretação atribuída a passagem por Herbert Hart no pós-fácio do *concept of law*,

O autor indica, então, que a perspectiva do direito como simples questão de fato é insuficiente para a identificação e solução das divergências que emergem da prática judicial. Portanto, de acordo com o intelectual, não seria possível corroborar a tese das teorias semânticas, na qual há um conjunto de regras e premissas linguísticas que todos os juristas compartilham e que permitem o reconhecimento do direito válido. A fim de realçar a importância dos questionamentos relativos à divergência teórica, Dworkin propõe que é preciso superar os instrumentos utilizados pelas teorias semânticas e elaborar, então, padrões de teorias interpretativas.

3 NORMA E OBEDIÊNCIA

No primeiro capítulo deste trabalho, intentou-se comprovar porque a argumentação de Kelsen não foi apta a demonstrar de que modo o dever de obediência, que é conteúdo da norma fundamental, garante a força normativa do direito.

No segundo capítulo, apresentando-se o debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, intentou-se demonstrar de que maneira a relação entre norma e obediência constitui o tema fundamental da polêmica fundada entre os dois autores.

Neste capítulo, pretende-se demonstrar de que modo a relação entre a obediência e a normatividade constitui, em verdade, o tema fundamental da teoria do direito e do próprio direito enquanto objeto de uma investigação filosófica.

3.1 o direito enquanto tema da filosofia

Em seu artigo “*Force de loi: le ‘fondement mystique de l’autorité’*”, Jacques Derrida alerta para uma expressão idiomática da língua inglesa, a saber, *to enforce the law* ou *the enforceability of the law*, que não possui equivalente no francês, sequer no português.

Segundo Derrida, essa expressão carrega o significado próprio do direito enquanto força autorizada, que se justifica ou é justificada quando de sua aplicação.¹²⁶ Nesse sentido, ainda que o direito seja repleto de normas ineficazes, não há qualquer lei destituída da possibilidade de ser aplicada, tampouco qualquer lei cuja aplicação (no sentido de *enforceability*) independa da força, o que é inerente ao conceito de direito.¹²⁷

¹²⁶ “[...] La première est ‘*to enforce the law*’ ou enore ‘*enforceability of the law or of the contract*’. Quand on traduit en français ‘*to enforce the law*’, par exemple par ‘*appliquer la loi*’, on perd cette allusion directe, littérale à la force qui vient de l’intérieur nous repeller que le droit est toujours une force autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s’appliquer, même si cette justification peut être jugée d’autre parte injuste ou injustifiable.” Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 924

¹²⁷ “Le mot ‘*enforceability*’ nous rappelle qu’il n’y a pas de droit qui n’implique *en lui-même, a priori, dans la structure analytique de son concept*, la possibilité d’être ‘*enforced*’, appliqué par la force. Il y a, certes, des lois non appliquées mais il n’y a pas de loi sans applicabilité, et pas d’applicabilité ou d’*enforceability*’ de la loi sans force, que cette force soit directe ou non, physique ou symbolique, extérieure ou intérieure, brutale ou subtilement discursive et herméneutique, coercitive ou régulative, etc.”. Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice*:

Assim, considerando esse atributo intrínseco à natureza da normatividade jurídica, de acordo com Derrida, haveria dificuldade em se distinguir a força legítima que acompanha o direito da força ilegítima, injusta, que caracteriza a violência, assim como se enfrentariam obstáculos para definir essa força justa ou não-violenta do direito.¹²⁸ Aliás, haveria dificuldade, inclusive, em estabelecer uma distinção entre um poder legítimo e a violência originária que instaura essa autoridade, cuja legitimidade decorre senão da violência, sem que haja qualquer critério jurídico apto a instituí-la.¹²⁹

Nesse sentido, segundo Blaise Pascal em seu *Pensée* 298, seria justo que se seguisse ou que se obedecesse a aquilo que é justo, assim como seria necessário que se seguisse ou que se obedecesse a aquilo que é mais forte. Assim, seria imprescindível que se unisse força e justiça, uma vez que esta sem aquela é contrariada pelos maus (*méchants*). Em outras palavras, a justiça sem a força não é obedecida, porque os indivíduos maus não a obedecem. No entanto, a força, indiscutível e reconhecível, não pode fundamentar a justiça, senão a justiça, que é disputável, ou seja, cuja possibilidade de legitimação é contingente, pode justificar a força. Desse modo, conforme Pascal, quedou-se justa a força, e não a justiça forte.¹³⁰

Conforme Derrida, a passagem de Pascal exprime um elemento comum entre justiça e força, que é a exigência tanto da justiça como da força por um dever de

the 'mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 924/926.

¹²⁸ "Comment distinguer entre cette force de la loi, cette 'force de loi', comme on dit aussi bien en français qu'en anglais, je crois, et d'autre part la violence qu'on juge toujours injuste? Quelle différence y a-t-il entre d'une part la force qui peut être juste, en tous cas jugée légitime, no seulement l'instrument au service du droit mais l'exercice et l'accomplissement même, l'essence du droit, et d'autre part la violence qu'on juge toujours injuste? Qu'est-ce qu'une force just ou une force non-violente?". Em: DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the 'mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 926.

¹²⁹ "Comment distinguer entre la force de loi d'un pouvoir légitime et la violence prétendument originaire qui a dû instaurer cette autorité et qui elle-même ne pouvait s'autoriser d'aucune légitimité antérieure, si bien qu'elle n'est, dans ce moment initial, ni légale ni illégale, d'autres diraient très vite, ni just ni injuste?". Em: DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the 'mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 926.

¹³⁰ "*Justice, force.* – Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste.

La justice est sujette à dispute; la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste". Em: PASCAL, Blaise. **Pensées**: Tome Deuxième. Nouvelle édition collationnée sur le manuscrit autographe et publiée avec une introduction et des notes par Léon Brunschvicg. Paris: Librairie Hachette et Cie, 1904, 224.

obediência. Dessa maneira, o conceito de justiça e de força implicam analiticamente (ou seja, de modo meramente descritivo, sem que se acresça qualquer conhecimento senão aquele já contido na própria definição) e *a priori* (ou seja, para além de qualquer experiência de justiça ou de força) a obediência ou a *enforceability*. Todavia, para a justiça, esse dever é justo; para a força, necessário.¹³¹

Em seguida, em seu *Pensée* 299, Pascal destaca que, com a finalidade de unir justiça e força, fez-se que fosse justo obedecer à força, e não que se forçasse a obedecer à justiça, não se permitindo que essa união se desempenhasse de forma diversa.¹³²

De acordo com Derrida, em leitura do excerto de Pascal, não haveria como fixar se a necessidade de união entre justiça e força decorreria da necessidade própria da força ou do justo próprio da justiça. Ainda assim, não haveria qualquer dúvida de que a justiça, para que não seja impotente e assuma sua condição própria, recorre à força.¹³³

Em seu *Pensée* 325, Pascal demonstra que o povo obedece às leis porque crê que elas são verdadeiras (ou seja, fundadas racionalmente) e justas, e não pela própria condição de lei que elas carregam, uma vez que ninguém quer se sujeitar senão à razão ou à justiça.¹³⁴ Segundo Pascal, seria bom (em oposição ao indivíduo

¹³¹ “Autrement dit, l’axiome commun, c’est que le juste et le plus fort, le plus juste comme (as, as well as) le plus fort *doivent* être suivis. Mais ce “devoir être suivi” commun au juste et au plus fort, est ‘juste’ dans un cas, ‘nécessaire’ dans l’autre: ‘il est juste que ce qui est juste soit suivi [autrement dit, le concept ou l’idée du juste, au sens de justice, implique analytiquement et a priori que le juste soit ‘suivi’, enforced, et il est juste – aussi au sens de justesse – de penser ainsi]; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi (enforced)”. Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 934/936,

¹³² “Sans doute, l’égalité des biens est juste; mais, ne pouvant faire qu’il soit force d’obéir à la justice, on a fait qu’il soit juste d’obéir à la force; ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien.”. Em: PASCAL, Blaise. **Pensées**: Tome Deuxième. Nouvelle édition collationnée sur le manuscrit autographe et publiée avec une introduction et des notes par Léon Brunschvicg. Paris: Librairie Hachette et Cie, 1904, 225.

¹³³ “Le ‘il faut’ dans cette conclusion (‘il faut donc mettre ensemble la justice et la force’), il est difficile de décider si c’est un ‘il faut’ prescrit par ce qui est juste dans la justice ou par ce qui est nécessaire dans la force. Mais c’est une hésitation sans objet puisque la justice exige, en tant que justice le recours à la force. La nécessité de la force est donc impliquée dans le juste de la justice.”. Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, 936.

¹³⁴ “Montaigne a tort: la coutume ne doit être suivie que parce qu’elle est coutume, et non parce qu’elle soit raisonnable ou juste; mais le peuple la suit par cette seule raison qu’il la croit juste. Sinon, il ne la suivrait plus, quoiqu’elle fût coutume; car on ne veut être assujéti qu’à la raison ou à la justice. La coutume, sans cela, passerait pour tyrannie; mais l’empire de la raison et de la justice n’est pas non plus tyrannique que celui de la délectation: ce sont les principes naturels à l’homme.” Em: PASCAL, Blaise. **Pensées**: Tome Deuxième. Nouvelle édition collationnée sur le manuscrit autographe et publiée

mau, que contradiz a justiça, que a desobedece) que as leis fossem obedecidas por sua própria condição jurídica, sem que houvesse qualquer razão ou justiça a lhes servir de fundamento. No entanto, essa obediência infundada não é suficiente ao povo, que crê na razão das normas e na possibilidade de demonstrar sua fundamentação racional.¹³⁵

Aliás, essa crença de que as normas são dotadas de fundamentação racional constitui o núcleo do argumento da norma fundamental (*Grundnorm*). De acordo com Kelsen, a positividade do direito, ou seja, o fato de que o direito é posto por um ato de vontade, independe da validade objetiva que lhe é atribuída pela norma fundamental, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho.

Nesse sentido, se a positividade do direito independe da validade objetiva, haveria, de fato, a necessidade de se pressupor uma norma fundamental? Segundo Kelsen, os próprios agentes submetidos ao direito creem nessa validade objetiva das normas jurídicas, ou seja, nessa força normativa que independe da autoridade, do sujeito que a instituiu. A função da norma fundamental, desse modo, não é embasar o direito posto, uma vez que sua positividade depende, tão somente, de um ato de vontade, mas fundamentar essa crença de que o direito positivo é justificado racionalmente, o que necessariamente transcende a norma positiva.¹³⁶

Segundo Scott Shapiro, o filósofo, no desempenho de uma análise conceitual, a fim de elucidar a identidade de determinado objeto, coleta evidências e afirmações que aparentam evidentemente verdadeiras, cuja veracidade sequer poderia ser

avec une introduction et des notes par Léon Brunschvicg. Paris: Librairie Hachette et Cie, 1904, 243/244.

¹³⁵ Il s'agit donc bon qu'on obéisse aux lois et coutumes, parce qu'elles sont lois; qu'il sût qu'il n'y en a aucune vraie et juste à introduire, que nous n'y connaissons rien, et qu'ainsi il faut seulement suivre les règles: par ce moyen, on ne les quitterait jamais. Mais le peuple n'est pas susceptible de cette doctrine; et ainsi, comme il croit que la vérité se peut trouver, et qu'elle est dans les lois et coutumes, il les croit et prend leur antiquité comme une preuve de leur vérité (et non de leur seule autorité sans vérité). Ainsi il y obéit; mais il est sujet à se révolter dès qu'on lui montre qu'elles ne valent rien; ce qui se peut faire voir de toutes, en les regardant d'un certain côté". Em: PASCAL, Blaise. **Pensées**: Tome Deuxième. Nouvelle édition collationnée sur le manuscrit autographe et publiée avec une introduction et des notes par Léon Brunschvicg. Paris: Librairie Hachette et Cie, 1904, p. 245.

¹³⁶ O parágrafo a seguir explicita com precisão o argumento de Kelsen: "By offering this theory of the basic norm, the Pure Theory of Law does not inaugurate a new method of legal cognition. It merely makes conscious what most legal scientists do, at least unconsciously, when they understand the mentioned facts not as causally determined, but instead interpret their subjective meaning as objectively valid norms, that is, as normative legal order, without basing the validity of this order upon a higher, meta-legal norm, that is, upon a norm enacted by an authority superior to the legal authority; in other words, when they consider as law exclusively positive law. The theory of the basic norm is merely the result of an analysis of the procedure which a positivistic science of law has always applied.". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 204/205.

negada.¹³⁷ Nesse sentido, o exercício da filosofia, elucidando conceitos, seria confirmar esses truísmos, ainda que algumas das afirmações aparentemente auto-evidentes possam ser negadas pelo desempenho da análise.¹³⁸

Dessa maneira, seguindo o entendimento de Scott Shapiro, não seria incorreto identificar que a obrigatoriedade das normas jurídicas e a crença numa validade objetiva consistiriam em truísmos sobre o direito,¹³⁹ que uma análise conceitual desse objeto se dedicaria a confirmar ou a negar.

Em oposição ao argumento de Pascal, Michel de Montaigne, conforme interpretado por Derrida, defenderia uma separação entre o direito e a justiça ou a razão, de modo que a normatividade jurídica não recorreria à justiça, mas decorreria de uma autoridade normativa, cujo fundamento é senão místico.¹⁴⁰

Desse modo, segundo Derrida, quando se afirma que o direito justifica a força, a posição instituidora e fundadora da normatividade jurídica implica uma relação intrínseca com a força, que transcende a função justificadora exercida pelo direito e que, por si só, não pode ser avaliada como justa ou injusta, legal ou ilegal, inapta, portanto, a garantir, contradizer ou invalidar qualquer direito.¹⁴¹

¹³⁷ “In conceptual analysis the philosopher also collects clues and uses the process of elimination for a specific purpose, namely, to elucidate the identity of the entity that falls under the concept in question. The major difference between the philosopher and the police detective is that the evidence that the latter collects and analyzes concerns *true* states of affairs whereas the former is primarily interested in *truistic* ones. The philosophical clues, in other words, are not merely true, but *self-evidently* so.”. Em: SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 13.

¹³⁸ “Again, truisms are the clues that help us determine the identity of the object in question. Although it is not necessary that our answer satisfy every single truism we must try to come up with a theory that accounts for as many of them as possible. For if our account flouts too many of them, we will have changed the subject and will no longer be giving an account of the intended entity but of something else entirely.”. Em: SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 14.

¹³⁹ Aliás, Scott Shapiro elenca uma série de truísmos possíveis acerca do direito: “In assembling a list of truisms about law, the legal philosopher must include truisms about *basic legal institutions* (‘All legal systems have judges,’ ‘courts interpret the law,’ ‘one of the functions of courts is to resolve disputes,’ ‘every legal system has institutions for changing the law’); *legal norms* (‘some laws are rules,’ ‘some laws impose obligations,’ ‘laws can apply to those who created them,’ ‘laws are always members of legal systems’) [...]”. Em: SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 15.

¹⁴⁰ “Visiblement, Montaigne distingue ici les lois, c’est-à-dire le droit, de la justice. La justice du droit, la justice comme droit n’est pas la justice. Les lois ne sont pas justes en tant que lois. On ne leur obéit pas parce qu’elles sont justes mais parce qu’elles ont de l’autorité”. Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical’ foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 938.

¹⁴¹ A passagem merece integral transcrição, dada a sua relevância: “Mais au-delà de son principe et de son ressort, cette pensée pascalienne concerne peut-être une structure plus intrinsèque et qu’une critique de l’idéologie juridique ne devrait jamais négliger. Le surgissement même de la justice et du droit, le moment instituteur, fondateur et justificateur du droit implique une force performative, c’est-à-dire toujours une force interprétative: non pas cette fois au sens où le droit serait au service de la force, l’instrument docile, servile et donc extérieur du pouvoir dominant mais où il entretiendrait avec ce qu’on

Assim, uma vez que a origem da normatividade jurídica não pode se auto-fundar, o direito se apresenta como uma violência sem fundamento, que não pode ser qualificada como ilegal ou injusta, transcendendo a oposição entre fundado e infundado, o que, de acordo com Derrida, constitui seu fundamento místico.¹⁴²

No segundo momento de seu artigo *Force de loi*, Derrida menciona a distinção de Walter Benjamin, que aparenta inagurar o objeto de uma filosofia propriamente jurídica, entre uma violência fundadora ou instituidora e uma violência conservadora da permanência e da aplicabilidade do direito.¹⁴³

Assim, no que concerne à violência conservadora, que preserva as instituições jurídicas, o direito se dedicaria a proibir o uso da força pelos particulares, atribuindo ao Estado o monopólio da violência, com o objetivo de proteger o próprio direito e os interesses que ele representa. Essa tautologia, de caráter performativo, por intermédio da qual o direito sustenta o próprio direito, constitui a estrutura

appelle la force, le pouvoir ou la violence une relation plus interne et plus complexe. La justice au sens du droit (right or law) ne serait pas simplement mise au service d'une force ou d'un pouvoir social, par exemple économique, politique, idéologique qui existerait hors d'elle ou avant elle et auquel elle devrait se plier ou s'accorder selon l'utilité. Son moment de fondation ou d'institution même (qui n'est d'ailleurs jamais un moment inscrit dans le tissu homogène d'une histoire puisqu'il le déchire d'une décision), l'opération qui consiste à fonder, à inaugurer, à justifier le droit, à faire la loi, consisterait en un coup de force, en une violence performative et donc interprétative qui en elle-même n'est ni juste ni injuste et qu'aucune justice et aucun droit préalable et antérieurement fondateur, aucune fondation préexistante, par définition, ne pourrait ni garantir ni contredire ou invalider. Aucun discours justificateur ne peut ni ne doit assurer le rôle de métalangage par arpoint à la performativité du langage instituant ou à son interprétation dominante.”. Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the 'mystical foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 940/942.

¹⁴² “L'origine de l'autorité, la fondation ou le fondement, la position de la loi ne pouvant par définition s'appuyer finalement que sur elles-mêmes, elles sont elles-mêmes une violence sans fondement. Ce qui ne veut pas dire qu'elles sont injustes en soi, au sens de 'illégales'. Elles ne sont ni légales ni illégales en leur moment fondateur. Elles excèdent l'opposition du fondé et du non-fondé, comme de tout fondationnalisme ou anti-fondationnalisme. Même si le succès de performatifs fondateurs d'un droit (par exemple et c'est plus qu'un exemple, d'un état comme garant d'un droit) supposent des conditions et des conventions préalables (par exemple dans l'espace national ou international), la même limite 'mystique' ressurgira à l'origine supposé des dites conditions, règles ou conventions, et de leur interprétation dominante.”. Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the 'mystical foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 942.

¹⁴³ “La démonstration de Benjamin concerne donc la question du droit (*Recht*). Elle veut même inaugurer, on pourra le dire en toute rigueur dans un instant, une 'philosophie du droit.' Et celle-ci semble s'organiser autour d'une série de distinctions qui toutes paraissent intéressantes, provocantes, nécessaires jusqu'à un certain point mais qui, me semble-t-il, restent radicalement problématiques.

Il y a d'abord la distinction entre deux violences du droit, deux violences quant au droit: la violence fondatrice, celle qui institue et pose le droit (*die rechtsetzende Gewalt*, 'law making violence') et la violence conservatrice, celle qui maintient, confirme, assure la permanence et l'applicabilité du droit (*die rechtserhaltende Gewalt*, 'the law preserving violence').” Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the 'mystical foundation of authority*. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 980.

fenomênica própria à violência jurídica, que reconhece como violento o que o transcende, mas não seu próprio fundamento.¹⁴⁴

Precisamente, a violência não é exterior ao direito, mas o ameaça em sua própria condição.¹⁴⁵ Nesse sentido, para além da violência conservadora, cuja tautologia performativa aparenta preservar e proteger o direito, as instituições se situam sempre sob o risco de uma violência fundadora, que substitui a ordem e que legitima a transformação das relações jurídicas.¹⁴⁶ Conforme destaca Derrida, a violência fundadora *legitima* um novo direito no sentido de justificá-lo, fundá-lo, *begründen*.

Kelsen reconhece essa transitoriedade como uma exceção ao princípio da legitimidade, que estabelece os limites temporais da validade objetiva de uma norma no interior do sistema jurídico. Nesse sentido, de acordo com o princípio da legitimidade, uma norma jurídica preserva sua validade conforme os termos ou condições definidas pelo próprio sistema jurídico ou caso sua validade seja substituída

¹⁴⁴ “Dans ce qu’il a de plus fondamental, le droit européen tend à interdire la violence individuelle et à la condamner en tant qu’elle menace non pas telle ou telle loi mais l’ordre juridique lui-même (*die Rechtsordnung*, ‘the legal system’). D’où l’intérêt du droit – car il y a un intérêt du droit à se poser et à se converger lui-même, ou à représenter l’intérêt que justement il représente. L’intérêt du droit peut paraître ‘surprenant’, c’est le mot de Benjamin, mais il est en même temps dans sa nature d’intérêt, et em ce sens il n’y a rien là surprenant, que de prétendre exclure les violences individuelles qui menacent son ordre et monopoliser ainsi la violence, au sens de *Gewalt*, c’est-à-dire aussi d’autorité. Il y a um ‘intérêt du droit à la monopolisation de la violence’ (*Interesse des Rechts na der Monopolisierung der Gewalt*: ‘law’s interest in a monopoly of violence’, p. 281). Ce monopole ne tend pas à protéger telles ou telles fins justes et légales (*Rechtsw Zwecke*, ‘legal ends’) mais le droit lui-même. Cela ressemble à une trivialité tautologique. Mais la tautologie n’est-elle pas la structure phénoménale d’une certaine violence du droit qui se pose lui-même en décrétant qu’est violent, cette fois au sens de hors-la-loi, tout ce qui ne le reconnaît pas? Tautologie performative ou synthèse *a priori* qui structure toute fondation de la loi à partir de laquelle on produit performativement les conventions qui garantissent la validité du performatif grâce auquel on se donne les moyens de décider entre la violence légale et la violence illégale.”. Em: DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 985/986.

¹⁴⁵ “Une telle situation est en fait la seule qui nous permette de penser l’homogénéité du droit et de la violence, la violence comme l’exercice du droit et le droit comme exercice de la violence. La violence n’est pas extérieure à l’ordre du droit. Elle menace le droit à l’intérieur du droit. Elle ne consiste pas essentiellement à exercer sa puissance ou une force brutale pour obtenir tel ou tel résultat mais à menacer ou à détruire un ordre de droit donné, et précisément, dans ce cas, l’ordre de droit étatique qui a dû accorder ce droit à la violence, par exemple le droit de grève.”. Em: DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 988.

¹⁴⁶ “L’État a peur de la violence fondatrice, c’est-à-dire capable de justifier, de légitimer (*begründen*, ‘to found’, p. 283) ou de transformer des relations de droit (*Rechtsverhältnisse*, ‘legal conditions’), et donc de se présenter comme ayant un droit au droit. Cette violence appartient ainsi d’avance à l’ordre d’un droit qui reste à transformer ou à fonder, même si elle peut blesser notre sentiment de justice (*Gerechtigkeitsgefühl*, ‘sense of justice’).” Em: DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 988.

por uma outra norma no mesmo sistema (solução de antinomia pela regra da *lex posterior derogat priori*).¹⁴⁷

No entanto, segundo Kelsen, um ato revolucionário, que substitui o fundamento da ordem jurídica, não se reputa legítimo, pois não está prescrito pelo direito cuja validade objetiva foi substituída.¹⁴⁸ Aliás, em Kelsen, a positivação do direito, ou seja, o ato que institui o direito positivo e a primeira Constituição histórica, por si só, constitui um ato revolucionário, que, portanto, não é legítimo.

Todavia, nota-se que, na versão original da *Reine Rechtslehre*, Kelsen, ao tratar do princípio da legitimidade, não recorre ao verbo *begründen*, mas aos termos *Legimität* e *legitime*¹⁴⁹. Desse modo, a norma fundamental (*Grundnorm*) não *legitima* o direito, mas o *fundamenta*, uma vez que a noção de legitimidade não se apropria ao momento de positivação, tampouco à validação objetiva do direito positivo.

Precisamente, de acordo com Kelsen, o princípio da legitimidade é limitado pela eficácia (*effectiveness*),¹⁵⁰ ou seja, a limitação que a validade objetiva de uma norma recebe do princípio da legitimidade depende da própria validade objetiva da ordem jurídica, o que se condiciona à eficácia e se fundamenta pela natureza lógico-transcendental da norma fundamental. Nesse sentido, Derrida confirma que a fundação do Estado decorre de uma situação revolucionária, que inaugura o direito por intermédio da violência.¹⁵¹

¹⁴⁷ "The principle that a norm of a legal order is valid until its validity is terminated in a way determined by this legal order or replaced by the validity of another norm of this order, is called the principle of legitimacy". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 209.

¹⁴⁸ "This principle is applicable to a national legal order with one important limitation only: It does not apply in case of a revolution. A revolution in the broader sense of the word (that includes a coup d'état) is every not legitimate change of this constitution or its replacement by an other constution." Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 209.

¹⁴⁹ "Das Prinzip, daß die Norm einer Rechtsordnung so lange gilt, bis ihre Geltung auf eine durch diese Rechtsordnung bestimmte Weise beendet oder durch die Geltung einer anderen Norm dieser Rechtsordnung ersetzt wird, ist das Prinzip der Legimität. [...] Eine Revolution im weiterenm auch den Staatsstreich umfassenden Sinn des Wortes ist jede nicht legitime [...]". Em: KELSEN, Hans. **Reine rechtslehre**. Wien: Österreichische Saatsdruckerei, 1992, p. 213.

¹⁵⁰ "The principle of legitimacy is limited by the principle of effectiveness". Em: KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p. 211.

¹⁵¹ "La fondation de tous les états advient dans une situation qu'on peut ainsi appeler révolutionnaire. Elle inaugure un nouveau droit, elle le fait toujours dans la violence." Em: DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the 'mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, julho, 1990, p. 990.

Considerando essa exaustiva exposição da análise de Derrida quanto ao fundamento místico da autoridade e do direito, qual seria o objetivo de dar atenção a esse momento instituidor do direito, indecidível, performático?

Segundo Giorgio Agamben, ainda que o artigo de Derrida tenha provocado extenso debate, a cultura jurídica não analisou suficientemente o caráter enigmático da expressão que intitula o artigo, *força de lei*.¹⁵²

Em seguida, Agamben apresenta uma distinção entre a eficácia e força de lei, sendo que aquela se refere à aptidão dos atos legislativos para produzir efeitos jurídicos, enquanto esta se refere à posição de lei que determinados atos não-legislativos assumem no interior do ordenamento jurídico.¹⁵³

Primeiramente, em oposição ao que defendeu Agamben, indica-se que o artigo de Derrida não se destina a analisar a força normativa dos atos não-legislativos, mas, propriamente, a avaliar a fundamentação dos efeitos vinculantes produzidos pelo direito, ou seja, a obrigatoriedade de que as condutas prescritas pela ordem jurídica sejam seguidas e a diferença entre esse dever de obediência e a violência ou a força.

Derrida não atinge uma resposta definitiva ao problema; ao contrário, sua intenção seria de elencar os problemas atinentes à possibilidade da justiça e do direito. Precisamente, pretende-se defender que o tema enfrentado pela teoria do direito, sobretudo nas versões esboçadas neste trabalho, concentra-se nesse indecidível descrito por Derrida, na diferença entre a violência e o direito, no que há de justo na força normativa do direito, que representa senão a obrigatoriedade de que as regras jurídicas sejam seguidas.

¹⁵² “Em 1989, Jacques Derrida fez, na Cardozo School of Law, em Nova York, uma conferência com o título *Force de loi: fondement mystique de l'autorité*. A conferência, que era, na verdade, uma leitura do ensaio benjaminiano “Crítica da violência: crítica do poder”, suscitou um amplo debate tanto entre os filósofos quanto entre os juristas; mas é um indício não só da consumada separação entre cultura filosófica e cultura jurídica, como também da decadência da segunda, o fato de ninguém ter tentado analisar a fórmula, aparentemente enigmática, que dava título ao texto”. Em: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. De Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 59.

¹⁵³ “Nesse sentido, a doutrina moderna distingue a *eficácia* da lei, que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos, e *força de lei*, que, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ele (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo)”. Em: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. De Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 60.

Nesse sentido, Derrida explicita que a desobediência às condutas prescritas pelo direito revela ou coloca a própria questão referente ao fundamento da normatividade jurídica.¹⁵⁴

3.2 Uma questão de ponto de vista

De acordo com Joseph Raz, a função da norma fundamental de Kelsen consiste em atribuir um sentido à normatividade jurídica. Nesse sentido, permite-se distinguir duas definições de normatividade, a saber, uma normatividade social e uma normatividade justificada. Primeiramente, uma concepção justificada de normatividade estabelece que a força normativa do direito depende da fixação de um razões objetivas e universalmente válidas. Em contrapartida, uma concepção social de normatividade se fundamenta no fato de que determinados comportamentos são comumente observados em sociedade e que há uma pressão social para que essas condutas sejam seguidas pelos indivíduos¹⁵⁵.

Segundo Raz, a diferença entre um sentido subjetivo e um sentido objetivo de dever-ser permite concluir que Kelsen se utiliza de uma concepção de normatividade justificada, pois a força normativa do direito depende da atribuição de uma validade objetiva à ordem jurídica, o que a positividade das normas, por si só, não sustenta.¹⁵⁶

Dessa maneira, segundo Raz, a força normativa do direito, com base numa noção de normatividade justificada, vincula-se diretamente a um dever de obediência às normas jurídicas.¹⁵⁷ Nesse sentido, o indivíduo, que deve se conduzir conforme as

¹⁵⁴ “La fascination admirative exercée sur le peuple par la ‘figure du ‘grand’ criminal,’ p. 281) s’explique ainsi: ce n’est pas quelqu’un qui a commis tel ou tel crime pour lequel on éprouverait une secrète admiration; c’est quelqu’un qui, en défiant la loi, met à nu la violence de l’ordre juridique lui-même.” Em: DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité/Deconstruction and the possibility of justice: the ‘mystical’ foundation of authority.* trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 986.

¹⁵⁵ RAZ, Joseph. Kelsen’s theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 103.

¹⁵⁶ “Kelsen claims in effect that the concept of social normativity is not a concept of normativity at all. It does not allow the interpretation of law as imposing obligations, granting powers, rights, etc. It makes the law indistinguishable from the commands of a group of gangsters terrorizing the population of a certain area. Only by using the concept of justified normativity can one understand the true character of legal systems as normative systems.”. Em: RAZ, Joseph. Kelsen’s theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 104.

¹⁵⁷ “Not so to people who admit only the concept of justified normativity. For them to judge the law as normative is to judge it to be just and to admit that it ought to be obeyed. The concepts of the law and of the obligation to obey it are analytically tied together. Kelsen, therefore, regards the law as valid, i.e.,

normas, interpreta o direito como uma ordem normativa justificada, sob seu ponto de vista.

Todavia, segundo Raz, para além do ponto de vista do indivíduo, permite-se adotar um ponto de vista hipotético, que ele denomina de ponto de vista do sujeito de direito (*legal man*). Assim, o ponto de vista do sujeito de direito permitiria à ciência jurídica que descrevesse a normatividade jurídica sob a ótica de um indivíduo hipotético, que, por intermédio da eficácia global, sustenta a própria possibilidade de pressuposição da norma fundamental.¹⁵⁸

Segundo Raz, contudo, a ciência jurídica, ainda que adote o ponto de vista do sujeito de direito, assume uma função meramente descritiva, de modo que a adoção dessa posição difere do ponto de vista sob o qual se coloca, por exemplo, o operador do direito em sua profissão.¹⁵⁹

De acordo com Hart, o modelo de ciência jurídica contém proposições normativas num sentido descritivo, e não meramente proposições descritivas. Por exemplo, caso um comandante do exército, sob o auxílio de um tradutor, emita ordens a um prisioneiro estrangeiro, a proposição emitida pelo tradutor, embora se destine, tão somente, a reproduzir a intenção do comandante, vincula o prisioneiro obrigado a obedecê-la, de modo que não se permite afirmar que a proposição descritiva da ciência jurídica não possui um sentido normativo.¹⁶⁰

Para Hart, a distinção entre ponto de vista interno e externo se apresenta imprescindível à fundamentação da normatividade do direito, sobretudo porque, conforme exposto no segundo capítulo, a norma secundária de reconhecimento é uma norma aceita, ou seja, uma norma cuja validade depende da adoção de uma atitude

normative, only if one ought to obey it.”. Em: RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 105.

¹⁵⁸ “An alternative interpretation would be that legal science describes not the population's point of view but the point of view of the hypothetical legal man, i.e., of a person accepting from a personal viewpoint all and only the legal norms, without assuming that such a person actually exists”. Em: RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 108.

¹⁵⁹ “For Kelsen the legal scientist, as well as the legal practitioner, not only describes a point of view, but actually adopts one. Legal science regards the laws as valid and hence presupposes the basic norm. The point of view of legal science is that of the legal man. It is not merely described but actually adopted, and it is adopted in a special sense”. Em: RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974, p. 109.

¹⁶⁰ “How shall we classify in relation to its German original the interpreter's speech-act in uttering the English sentence ‘Stand up’? Shall we say that it was the giving of an order? But plainly the interpreter had no authority to give orders: had a duty to interpret the commandant's orders and if the men obeyed or disobeyed it was not he but the commandant who was obeyed or disobeyed”. Em: HART, H. L. A. **Kelsen visited**. In : Essays on jurisprudence and philosophy of law. New York: Oxford University Press, 1983, p. 293.

crítica e reflexiva acerca da necessidade de se obedecer às obrigações. Aliás, a própria noção de obrigação, em oposição à definição de direito como um conjunto de comandos, depende dessa distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo.

Dessa maneira, a questão do ponto de vista, ou seja, o problema referente à posição adotada pelo indivíduo que pretende identificar o fundamento ou a justificativa da força normativa do direito numa organização social, convive simbioticamente com a questão do dever de obediência às normas jurídicas, ou seja, com o problema referente à obrigatoriedade de que as condutas prescritas pelo direito sejam seguidas.

Aliás, a crítica técnica de Dworkin à norma de reconhecimento se dirige propriamente à impossibilidade de se distinguir a validade e aceitação das normas como critério apto a caracterizar a normatividade jurídica. Precisamente, Dworkin se dedica a abandonar a tese da aceitação com a finalidade de substituí-la pela tese da resposta correta, segundo a qual uma obrigação jurídica decorre da necessidade de que o juiz confirme a normatividade do direito a cada caso em que ela contestada.¹⁶¹

¹⁶¹ “Once we abandon that doctrine however, and treat principles as law, we raise the possibility that a legal obligation might be imposed by a constellation of principles as well as by an established rule. We might want to say that a legal obligation exists whenever the case supporting such an obligation, in terms of binding legal principles of different sorts, is stronger than the case against it.”. Em: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 44.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo deste trabalho, defendeu-se a tese de que Kelsen não foi apto a justificar a força normativa do direito, sobretudo porque, embora tenha escapado a críticas de caráter lógico-formal, o argumento da norma fundamental descarta a representabilidade e a pensabilidade que uma justificação lógico-transcendental da normatividade jurídica exigiria.

No segundo capítulo, indicou-se que o modelo de obrigações defendido por Herbert Hart sofreu tanto uma crítica técnica como uma crítica metodológica de Ronald Dworkin. A crítica técnica se destinou a demonstrar que a norma de reconhecimento não é apta a fundamentar a força normativa do direito, enquanto que a crítica metodológica se destinou a comprovar que o positivismo jurídico não recepciona a possibilidade de divergências teóricas na prática do direito, o que a impossibilidade de representar fielmente a normatividade jurídica.

No terceiro capítulo, defendeu-se que a relação entre normatividade e obediência constitui o tema próprio da teoria do direito, pois se situa no núcleo de aporias que aparentam insuperáveis a uma tentativa de justificação da força normativa do direito. Assim, essa temática se desenvolve sobretudo com base nos diversos pontos de vistas sob os quais a referida normatividade pode ser fundamentada.

Dado o intuito monográfico do presente trabalho, não se pretendeu, explicitamente, testar qualquer hipótese quanto à necessidade ou contingência da relação entre a força normativa do direito e a obediência, sobretudo porque se trata de um tema complexo, que engloba questões que extrapolavam o objetivo desta exposição, a exemplo da relação entre o direito e a moral.

No entanto, o resultado deste trabalho aparenta constituir senão a constatação de que a relação entre a normatividade e a obediência, seja contingente ou necessária, situa-se como um debate imprescindível à tentativa de se justificar a força normativa do direito, uma vez que as condutas prescritas pelas normas jurídicas influenciam serão destinadas aos indivíduos que as obedecerão ou desobedecerão, de maneira que a temática da obediência não se desatrele da possibilidade da legitimação do direito.

REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. New York: Henry Holt and Company, 1875.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. ed., 3. reimp. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government**. 2. ed. London : Printed for E. Wilson, Royal Exchange ; W. Pickering, Lincoln's Fields, 1823.
- BENTHAM, Jeremy. **On the principles of morals and legislation**. Kitchner: Batoche Books, 2000.
- COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript: essays on the ostsript to *The Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2005.
- COLEMAN, Jules ; HIMMA, Kenneth; SHAPIRO, Scott (orgs.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. New York: Oxford Univesity Press, 2002.
- MATOS, Andytyas Costa. A norma fundamental de Kelsen como postulado científico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan/jun. 2011.
- DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l'autorité/Deonstrutction and the possibility of justie: the 'mystical foundation of authority. trad. ing. Mary Quaintance. **Cardozo Law Review**, New York, v. 11, nº 5-6, jul-ago, 1990, p. 920-1045.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- EBENSTEIN, William. The pure theory of law: demythologizing legal thought. **California Law Review**. v. 59, p. 617-652, 1971.
- FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- GOLDING, M. P. Kelsen and the concept of 'legal system'. **More essays in legal philosophy : general assessments of legal philosophy**. California: University of California Press, 1971, p. 69-100. Disponível em:
[<https://books.google.fr/books?id=o_uPTZ4CJWAC&pg=PA69&lpg=PA69&dq=Archiv+f%C3%BCr+Rechts-und+Sozialphilosophie+kelsen+and+the+concept+of+legal+system&source=bl&ots=](https://books.google.fr/books?id=o_uPTZ4CJWAC&pg=PA69&lpg=PA69&dq=Archiv+f%C3%BCr+Rechts-und+Sozialphilosophie+kelsen+and+the+concept+of+legal+system&source=bl&ots=)

[R8rzfMtIDt&sig=FIXwsrgDjxK8rVUk9LDgk9pw-bE&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwie4uT278XXAhUBy6QKHdz9AHcQ6AEIMjAC#v=onepage&q=Archiv%20f%C3%BCr%20Rechts-und%20Sozialphilosophie%20kelsen%20and%20the%20concept%20of%20legal%20system&f=false](https://books.google.fr/books?id=uPTZ4CJWAC&pg=PA69&lpg=PA69&dq=Archiv%20f%C3%BCr%20Rechts-und%20Sozialphilosophie%20kelsen%20and%20the%20concept%20of%20legal%20system&f=false)>.

VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Paris V°, 1975.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. New York : Oxford University Press, 2008.

HART, H. L. A. **Kelsen visited**. In : Essays on jurisprudence and philosophy of law. New York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. **Kelsen's doctrine of the unity of law**. . Em : Essays on jurisprudence and philosophy of law. New York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press. 1994.

HART, H. L. A. Bentham, lecture on a master mind. Em: **More essays in legal philosophy : general assessments of legal philosophy**. California: University of California Press, 1971, p. 69-100. Disponível em:
<<https://books.google.fr/books?id=uPTZ4CJWAC&pg=PA69&lpg=PA69&dq=Archiv+f%C3%BCr+Rechts-und+Sozialphilosophie+kelsen+and+the+concept+of+legal+system&source=bl&ots=R8rzfMtIDt&sig=FIXwsrgDjxK8rVUk9LDgk9pw-bE&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwie4uT278XXAhUBy6QKHdz9AHcQ6AEIMjAC#v=onepage&q=Archiv%20f%C3%BCr%20Rechts-und%20Sozialphilosophie%20kelsen%20and%20the%20concept%20of%20legal%20system&f=false>>.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HART, H. L. A. **Punishment and responsibility** : essays in the philosophy of law. 2. ed. New York : Oxford University Press, 2008.

HIMMA, Kenneth Einar. H. L. A. Hart and the practical difference thesis. **Legal Theory**, v. 6, n. 1, mar. 2000, p. 1-43.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. Em: **Lua nova**. nº 61. P. 97-113, 2004.

KANT, Emmanuel. **Critique de la raison pure**. Traduction française avec avec not par André Tremesaygues et Bernard Pacaud, 8 ed. 3. tirage. Paris: Presses Universitaires de France, 2015.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Translated by Ander Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 1949.

KELSEN, Hans. **Reine rechtslehre**. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

KELSEN, Hans. **General theory of norms**. New York: Oxford University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**. New York: Oxford University Press, 2002.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PASCAL, Blaise. **Pensées**: Tome Deuxième. Nouvelle édition collationnée sur le manuscrit autographe et publiée avec une introduction et des notes par Léon Brunschvicg. Paris: Librairie Hachette et Cie, 1904, 224.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**. New York: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. The problem of authority : revisiting the service conception. **Minnesota Law Review**.

RAZ, Joseph. **The concept of a legal system**. 2. ed. New York : Oxford University Press, 1997.

RAZ, Joseph. **The authority of law**. New York: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. New York: Oxford University Press, 1986.

RAZ, Joseph. **Reason, reasons and normativity**.

RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 19 : Iss. 1 , Article 6, 1974.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes**. Introduction, notes, bibliographie et chronologie par Blaise Bachofen et Bruno Bernardi. Paris : GF Flammarion, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Le contrat social**. Présentation, notes, bibliographie et chronologie par Bruno Bernardi. Paris : GF Flammarion, 2001.

SCHAEUR, Frederick. **Playing by the rules** : a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life.

SCHAEUR, Frederick. The limited domain of law. **Virginia Law Review**. V. 90, p. 1909-1956, 2004.

SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. (March 5, 2007). Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

WALUCHOW, WILFRID (2001). Legal positivism, inclusive versus exclusive. Em : E. Craig (Ed.), **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. London: Routledge. Retrieved September 18, 2008. Disponível em: <<http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>>.